This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 3PD8 1

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received May 27, 1903.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Italy

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

VOLUME SECONDO

(PARTE SPECIALE)

Digitized by Google

Digitized by Google

G. P. CHIRONI
Professore Ordinario di Diritto Civile nella R. Università di Torino

TRATTATO
DEI PRIVILEGI, DELLE IPOTECHE E DEL PEGNO

VOLUME SECONDO

(PARTE SPECIALE)

TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI

MILANO
Corso Vittorio Em., 21.

ROMA
Via del Corso, 216-217.

FIRENZE
(F. Lumachi succ.).

Depositario per la Sicilia: Orazio Fiorenza - Palermo.

1901

Digitized by Google

PROPRIETÀ LETTERARIA

Rec. May 27, 1903.

Torino — Tipografia Vincenzo Bona (7576).

Digitized by Google

PARTE SPECIALE

CAPITOLO I.

La creazione del rapporto reale d'ipoteca.

Generalità.

Sommario. — **1-2.** Transizione della parte generale dell'esposizione, alla speciale. Dell'*ipoteca*, garanzia reale immobiliare. — **3.** Partizione della materia.

1. La ricerca condotta per via di ragionamento sulla nozion di *obbligazione*, considerata per sè, ed in quanto apparisce nel rapporto costituito a fin di assicurarne l'esecuzione, giustificata poi dall'indagine storica sullo sviluppo reale ch'ebbero i due istituti, ha conceduto di fissare i principî fondamentali, che, per la loro composizione, dichiarano con quale ordine si debba trattare delle forme concrete in cui il concetto di sicurtà reale si manifesta, e dirigono lo studio speciale che si terrà di esse. Perchè, se l'analisi tenuta fa consistere la nozione della sicurtà nell'alienazione (condizionata) del valore che sia contenuto in una certa cosa, nè questa essenza riman poi modificata o turbata se la ragion di costituire il rapporto abbia in sè meglio della garanzia, che dell'esecuzione (1): certo è,

(1) V. il vol. I, c. I, e v. pure il seguito del presente §. Che questi due elementi « *garanzia* » ed « *esecuzione reale* » concorrano a costituire l'entità del rapporto d'ipoteca s'è già dimostrato, e con più chiarezza si dirà ora: l'ipoteca *garantisce* l'*esecuzione reale* sui beni specialmente designati a tal fine, per via dell'*alienazion del valore*, ma i due termini descritti conferiscono al suo concetto economico-giuridico in vario modo: di regola, l'*esecuzione reale* è il fine, e la *garanzia* il mezzo per assicurarla, e quindi talvolta par che quella predomini, mentre invece in altri casi è la ragion della *garanzia* che prevale. Le applicazioni di questa costruzione, dedotta dal processo storico sulla formazion dell'istituto, mostreranno che non si può trascurarla senza pericolo di errare nell'intendere come nel diritto odierno s'è determinato l'ordinamento ipotecario.

Digitized by Google

che la portata del concetto è tale da potersene rilevare e misurare l'efficacia, senza distinguere secondo la *natura* immobiliare o mobiliare della cosa dedotta nel rapporto per volontà espressa o presunta di persona, o per semplice ministero di legge.

Ma se ciò apparisce necessariamente vero, dove si pensi il concetto che informa l'istituto, non vi contradirà l'osservare com'esso si conservi immutato, pur sentendo l'influenza derivante dal modo di essere delle cose cui s'adatta: nella diversità dell'adattamento ne persiste identica l'entità, e similmente a quanto avvien del dominio, il rapporto di garanzia reale toglie, rispetto alle cose immobili su cui sia costituito, altro modo di estrinsecarsi da ciò che avviene rispetto alle cose mobili. Non è dunque che nel primo caso (*sicurtà reale immobiliare*) il concetto di garanzia reale entri come in forma più perfetta: la diversità delle forme è apprestata dalla varietà della materia su cui esso s'adagia, e la stessa ragione che giustifica la minor estensione del potere di proprietà che s'arresta rispetto alle cose mobili corporali davanti al possesso di buona fede (1), dichiara come a queste mal si possa adattare il concetto di pegno, insistente di continuo sulla cosa, nonostante e contro gli scambi successivi che ne sian fatti. Non è qui luogo opportuno a ricercare qual sorte il movimento avvenire della legislazione riserbi a quest'ordinamento sul valor del possesso di cosa mobile corporale: e se non debba cedere dinanzi all'abbandonata tradizione latina (2) il cui sviluppo mostra ben le traccie di questo ricorso, dedotto da necessità economiche impellenti. L'origine stessa della distinzione

(1) Cod. civ. a pag. 707.

(2) Il diritto francese dà testimonianza della reazione seguita contro l'accoglimento della massima sul valor del possesso rispetto alle cose mobili: v. Jobbe-Duval, op. cit., pag. 167, segg.; Valette, *De la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, in *Revue* Foelix, II, 365 segg., e in *Mélanges* (Hérold et Leson-Caen, ed.), Paris, 1880, I, pag. 247 e segg.; Post, *d. Grundlag. d. Rechts*, Oldenb., 1884, p. 365 e seg.; Cons. Guyot, *Répert. universel et rais. de jurispr. civ. crimin. canon. et bénéf.*, Paris, 1776-1786, vol. XIII, p. 357. Ma la ragione di tal fatto non vuol essere attribuita a fenomeno economico, chè anzi la disistima delle cose mobili rispetto alle immobili era ancor piena, bensì alla tradizione giuridica derivante dall'osservanza della legge romana; mentre invece sono considerazioni economiche intorno la formazione e la distribuzione della ricchezza nella società odierna, che giustificano la critica mossa alla regola ricordata sulla virtù del possesso, paragonata alla pubblicità necessaria per l'acquisto dei diritti immobiliari. Cons. Menger, monogr. cit. p.

Digitized by Google

antichissima delle cose in *r. mancipi* e *r. nec mancipi*, accusa, come s'è avvertito (1), l'efficacia del possesso rispetto alle cose mobili, reputate di niun valore; e come al mutato pregio di esse seguì presso i romani la modificazione della norma giuridica, riammessa poi in epoca più recente pel nuovo apparire delle ragioni che l'avevano indotta (2), così l'attenuarsi di queste a causa del potente sviluppo tolto dalla proprietà capitalista nella società moderna, indica la probabilità di ritorno ad una più estesa virtù della proprietà mobiliare, come da non poche legislazioni è ancora affermata. Ed alle considerazioni puramente economiche preanunzianti tale ricorso, s'aggiungono ragioni o preoccupazioni d'ordine sociale: parve, e non del tutto a torto, che la legge col sistema accolto abbia sacrificato la ragion della proprietà alla sicurezza degli scambi, con pregiudizio specialmente grave alla classe meno abbiente (3).

Qualunque sia il valore economico e giuridico della norma accolta sul possesso di cose mobili, certo è, che la diminuita virtù della proprietà su di esse, le rese necessariamente disadatte ad entrare nel rapporto di garanzia costituito con la forma ipotecaria. La risoluzione accolta esagerò forse dai presupposti che la suggerirono: e se ne ha prova nel modo col quale la regola di diritto francese (dedotta dal diritto consuetudinario, iniziato dalla tradizion germanica (4), *mobilia sequelam non habent*, potè, senza contraddizione apparente mutarsi nell'altra *meubles ne sont point susceptibles d'hypothèque* (5). e nel temperamento adottato da alcuni statuti, a fin di porre in giusta relazione le due regole. Perchè, e l'obbiezione

(1) Cod. civ. fr., a. 2279, ch'è la ragion diretta delle disposizioni accolte dalle leggi civili italiane (Cod. civ. sardo, a. 2411; Cod. civ. est., a. 2313; Cod. civ. parm., a. 2361; Cod. civ. napol., a. 2185) anteriori al Cod. civ. it., a. 707.

(2) Così il L. R. pruss., I, 10, § 3, I, 15, § 1, 42; Cod. civ. sass., §§ 254, 295; e conf. Lang, *Handb. d. Württemb. gelt. Sachenr.* (II, A. Tübingen, 1893) § 47, II; Roth, *Bayr. Civilr.* (Tübing., 1881) I, § 136; Bender, *Handb. d. Frankf. Privatr.* (Frankf. a. M., 1848), § 66; Bertram, *d. Nassauische Privatr.* (Wiesbad., 1878), 55. Ma cfr. Cod. civ. german., § 932, che ristabilisce la norma sulla virtù del possesso per l'acquirente di buona fede. Vedi pure Cod. civ. port., a. 532; Cod. civ. del Basso Canadà, § 2268; Cod. civ. del Mess., a. 1196; Cod. civ. del Chilì, a. 2508; Cod. civ. dell'Ung., a. 1173; Cod. civ. del Guatem., a. 664.

(3) Menger, monogr. cit.

(4) Vedi Valette, mon. cit.; Jobbé-Duval, monogr. cit.

(5) Guy-Coquille, *Quest. sur les Coutumes* (in *Œuvres*, ed. Bordeaux, 1703), q. 63. Vedi gli autori cit. nella n. preced.; Esmein, *Étud. sur les cout.* (Paris, 1883), p. 198, III, t. e n.

Digitized by Google

serba tutto il suo valore nel diritto odierno, l'impossibilità che il pegno nella forma d'ipoteca seguisse le cose mobili presso i successivi acquirenti, non doveva tradursi nell'altra che le escludeva dal novero delle ipotecabili; argomentando dalla regola, si sarebbe dovuto restringere l'ipotecabilità entro i termini in cui era ridotta l'estensione della proprietà, e non escluderla affatto. La considerazione dell'entità speciale della cosa, avea cioè determinato l'impedimento d'inseguirla presso i terzi possessori di buona fede, e questo concetto inserito nell'ipoteca le avrebbe tolto sì una parte della perfezione sua, ma la figura giuridica sarebbe rimasta, come la proprietà mobiliare riman tale, malgrado l'efficacia limitata che le è attribuita; ed il rapporto avrebbe mantenuto il vigor suo, fino a quando la cosa fosse rimasta nel dominio del concedente o degli eredi. Questo risultato logico della combinazione tra il nuovo diritto ricevuto in materia di proprietà mobiliare, ed il concetto d'ipoteca conceduta su cosa mobile, era accolto in alcune consuetudini che avevano tenuto la via di mezzo tra la legge romana e quella dedotta più direttamente dalla tradizione germanica (1): e la giurisprudenza di alcuni parlamenti in paesi governantisi secondo il diritto romano, statuiva l'identica regola (2). Nel quale sistema, l'ipoteca non perdeva la sua struttura giuridica speciale: rimaneva immutato il carattere di diritto reale gravante la cosa, e per l'alienazione inerente al rapporto, fosse questo costituito a fin di garanzia vera, o come protezione particolarmente assicurata al credito, rimaneva il diritto di prelazione a favor del creditore. Tolto il potere di seguir la cosa onerata presso i successivi acquirenti che non fossero successori a titolo universale del costituente, la realità del rapporto era soltanto diminuita: e l'antica dottrina dichiarante così l'ipoteca costituita su cosa mobile, le dava nome d'ipoteca imperfetta (3).

2. Questi argomenti non valsero a rattenere il movimento legislativo verso la non idoneità delle cose mobili ad essere valido

---

(1) Basnage, op. cit., cap. IX.

(2) Vedi gli autori citati nella n. 7; e v. Brodeau, *Comm. sur le cout. de la Prévosté et Vicomté de Paris* (Paris, 1658), s. l'a. 178; Volin, *Nouveau Comment. sur le cout. de la Rochelle et du pays d'Aunis* (La Roch.., 1756), s. l'a. 60.

(3) Basnage, op. e l. cit.

Digitized by Google

oggetto d'ipoteca, spinto dalla regola *mobilia sequelam non habent*; come non valse a ciò l'ordinamento dato alla sicurtà conceduta al locatore sulle cose introdotte dal conduttore nel fondo rustico od urbano: alla qual garanzia era conservato il nome d'*ipoteca*. La figura del *privilegio* venne opportunamente in soccorso alla compiutezza del nuovo organismo dato all'istituto della sicurtà reale, e la garanzia del locatore fu ben ridotta a semplice causa di prelazione: sebbene la dottrina, incerta nel trarre lo spirito della legge dalla vecchia tradizione dell'ipoteca tacita a favor del locatore, vegga in questo privilegio più che le semplici vestigia dell'antico pegno, l'entità del pegno proprio, pur così inadatto ad un rapporto dove non vi ha *possesso*, e dove l'azion del creditore è soltanto mezzo conservativo del privilegio (1). Vero che, specialmente rispetto alla locazione di fondo rustico inducente prelazione sui frutti, si può far capo al concetto della *ritenzione*, non qual garanzia speciale, ma qual manifestazione del concetto di *causa* nei contratti bilaterali (2), e qual figura di garanzia si può riscontrarlo nel rapporto di locazione rispetto alle *invecta et illata:* ma si è ben lontani dal concetto di pegno proprio, e la caratteristica di mezzo conservativo del privilegio data all'azion del locatore, s'accorda correttamente al rapporto di ritenzione propria, non protetto da azione di ricupero del possesso perduto.

Le ragioni che indussero a togliere le cose mobili dal novero di quelle ipotecabili, son fatte palesi dall'entità stessa del rapporto di garanzia, e dal modo col quale rispetto a tali cose s'incontrano le due figure di possesso e di proprietà. Il fine della garanzia dimostra, che restringendo l'ipotecabilità come avviene pel dominio, e però dando esistenza all'ipoteca fin quando la cosa onerata stia in potestà del costituente, la sicurtà è tutta in balìa di questo, che

---

(1) V. il vol. I, c. cit.

(2) V. il vol. I di questo studio, cap. cit.; e sul concetto di *causa* in generale, v. Chironi, *Colpa contratt.* (2ª ed., Torino 1869), pag. 643 e segg.; e da ultimo, la monogr. di Munch-Peterson, *Loftet og dets Causa*, Copenag., 1896. V. pure sulla ritenzione la monogr. di Ramponi, *Il dir. di ritenzione*, Firenze, 1897. La costruzione proposta nel testo, esclude il concetto di pegno ch'è generalmente adottato per la dichiarazion del privilegio del locatore, e sebbene paia che si rannodi alla teoria ch'estende ai frutti il dominio sulla cosa, se ne separa, perchè si ristringe a porre l'obbligo di far godere, in relazione all'obbligo di pagare il corrispettivo del godimento pattuito.

Digitized by Google

con effetto legittimo, data la buona fede dell'acquirente, potrebbe distrarla a suo arbitrio. La non idoneità al fine di assicurare l'obbligazione, è qui contenuta nell'essenza stessa della forma di garanzia, nell'ordinamento legale del rapporto; e ciò dichiara, come l'identica considerazione del pericolo per il creditore non possa vietare di lasciar il pegno, propriamente costituito, in precario al pignorante; dove non difetto dell'organismo giuridico, ma la volontà del creditore dà occasione al danno che gli può incogliere. Nè rileva, a difesa dell'ipotecabilità, il nascere dell'azion di risarcimento avverso al pignorante per l'ingiuriosa distrazione commessa; pur lasciando a parte la possibilità che un erede vero od apparente alienino in buona fede, e ammettendo che l'ipoteca di cosa mobile vincoli per sè il potere del costituente vietandogli di alienarla, questa surrogazione del rapporto di risarcimento a quello di garanzia reale non rimedia al pericolo avvertito, che, per essere inerente all'istituto, la renderebbe disadatta al suo fine.

Altra considerazione si trae dall'entità della regola attribuente al possesso di cosa mobile corporale virtù di titolo vero, corrispondente al potere esercitato. Per ordinario, se ne ricerca e dichiara il fondamento, ponendo in confronto la proprietà ed il possesso di buona fede, e dando a questo con l'efficacia di estinguere il precedente rapporto vero di dominio, pel divieto di esercitare la rivendicazione, la virtù di cominciarne uno legittimo a favor dell'acquirente: al che parrebbe contribuiscano di molto la formula stessa già usata ad esprimerla, *mobilia sequelam non habent*, ed il concetto di proprietà qual diritto reale imperfetto in materia di cose *mobili*. Tuttavia, senza voler contraddire ora a tal costruzione, è notevole, che par vi si confondano le due figure di proprietà e di possesso di buona fede, a modo da doversi affermare, che il possesso in buona fede di cosa mobile sia rapporto vero di dominio o del diritto reale esercitato. La differenza tra le due concezioni sta in ciò: il valore del possesso non va ricercato e misurato come causa di estinzione della proprietà, beasi come elemento, termine essenziale a questa, in guisa che la proprietà sia costituita dal possesso di buona fede, e duri fin quando questo esista: e pensando così, nè si può far altrimenti secondo la legge attuale (1), risalta subito il concetto che la ragion della norma non si debba trovarla nella sola considerazione

(1) Cod. civ., 707.

Digitized by Google

della cosa, ma ancor più in là, nell'entità originaria del possesso in relazione alla proprietà. Perchè i fonti del diritto, così del romano antichissimo come del germanico, consentono, meglio che di congetturare, di affermare, la concezione originaria del possesso, manifestante, per l'energica e palese insistenza sulla cosa, il potere nascente dal dominio: concezione rozza, modificata prima rispetto agli immobili, tenuti, per considerazioni economiche e di costituzione famigliare, quali cose che sole fra tutte avessero pregio (1), e che pei mobili si mantenne nel diritto germanico quasi inalterata. Ed è soltanto per questo fatto, che dalla tradizione germanica può dirsi dedotta nella legge odierna la norma sull'efficacia del possesso di cosa mobile: non ignota al diritto romano più antico (2), cessò poi per le mutate condizioni sociali, e la perfezione crescente della regola giuridica.

Riesce con ciò agevole di determinare esattamente l'entità della legge odierna: giustificata in origine dal poco pregio dato alle cose mobili, e in seguito dalla facilità di scambiarle, e dalle alterazioni che per la loro natura possono ricevere, essa manifestò sempre il concetto antico del possesso contenente per sè l'esistenza reale del diritto esercitato. Questa è l'idea fondamentale, e le considerazioni fatte sull'importanza o la qualità delle cose mobili, possono variamente confortarla, ma non ne cangiano il contenuto giuridico. Cosicchè, se l'esistenza del potere reale, effettivo sulla cosa mobile, richiede che se ne abbia il possesso, è impossibile tenerla come oggetto idoneo d'ipoteca; impossibilità che, dedotta com'è dalla natura giuridica della cosa, esiste in modo assoluto, non ristretta cioè al caso che la cosa mobile ipotecata sia escita dal patrimonio del costituente.

3. Come dunque l'ordinamento giuridico dell'istituto di sicurtà reale si potè con maggior perfezione svolgere rispetto alle cose immobili, ripugnandovi le mobili per la tradizionale virtù data al possesso di esse, ed anche per il fine stesso della garanzia, che sarebbe esposta a continua incertezza dal facile scambio e dalla pur facile alterabilità dell'oggetto; così, il diverso modo col quale s'esplica questo rapporto, giustificato dalla diversità delle cose che vi possono

(1) Vedi in questo studio il vol. I, cap. cit.
(2) Vedi il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

essere dedotte, determina la distribuzione generale della materia in due parti:

a) *Garanzia reale immobiliare,* dove la natura giuridica del rapporto esclude il possesso della cosa onerata dal novero degli elementi essenziali perchè la sicurtà esista;

b) *Garanzia reale mobiliare,* dove il possesso della cosa onerata, in qualunque forma sia determinato, è necessario all'esistenza del rapporto. Nel primo caso si ha la figura speciale dell'*ipoteca,* nel secondo quella del *pegno proprio.* Nè contraddice alla divisione esposta, che nella garanzia reale immobiliare la volontà delle parti possa introdurvi il *possesso* come termine accidentale, perchè quando ciò avvenga in modo utile, s'ha un rapporto accessorio dove non è ombra di realità, ch'è l'*anticresi* (1): la semplice concessione del possesso sarebbe patto al tutto inutile, non aggiungendosi con ciò alcuna efficacia al rapporto di garanzia. Per un verso, il costituente non ne avrebbe punto diminuito il suo potere di alienare la cosa od il valore contenuto in essa; per l'altro, il creditore, in conseguenza di tal potere, non avrebbe alcuna ritenzione da esercitare come derivante dal solo patto: potrebbe questa derivargli da causa diversa, ma non dal vincolo reale, i cui termini essenziali non possono ricevere alterazione dalla volontà delle parti.

Nè maggiore virtù avverso la distribuzione or proposta, avrebbe il considerare, che se il pegno non può nella sua forma specifica cadere su cosa immobile (contrastando gravemente la personalità del rapporto alla correttezza di chiamar l'anticresi pegno immobiliare): può invece l'ipoteca cadere su cosa mobile, come avviene nell'*ipoteca navale,* e nell'ipoteca costituita su titoli del debito pubblico dello Stato. L'eccezione, ristretta a pochissimi casi, non toglie la regola, ed è giustificata da considerazioni speciali sull'entità dell'oggetto e sulla forma necessaria per la costituzion della sicurtà: così da doversi dire, che il divieto d'ipotecabilità di cose mobili, cessa rispetto ad alcune di esse a cui non s'estende quella virtù del possesso ch'è la ragion della proibizione. S'intende con ciò, come venendo meno in casi eccezionali la ragion della legge, si rientri per essi nell'ordinamento generale.

---

(1) Vedi in seg. lo studio sull'entità del patto anticretico.

Digitized by Google

§ 1.

I fonti onde deriva la creazion dell'ipoteca.

SOMMARIO. — **4ª5**. La *volontà* e la *legge*. Ancora dell'*obligatio rei*, e dell'accessorietà del rapporto di pegno. Vario modo col quale l'azion della legge si determina, secondo che crea l'ipoteca su cosa particolare opppure su di un insieme di cose. — **6**. Nel primo caso la funzione sua vien dichiarata dalla *volontà;* si può ancora dedurre dal criterio della qualità del credito garantito: ma la ragion fondamentale è la nozione di *causa*. — **7**. Nell'altro domina il concetto della prelazione dovuta alla qualità del credito. Criterio generale intorno l'ordinamento ch'è dato dalla legge su questa materia. — **8**. Partizione.

4. La creazione del diritto reale d'ipoteca, la cui entità è chiarita dai concetti generali esposti sulla creazione e costituzione del pegno, ha due fonti, la *volontà* e la *legge:* onde la distinzione dell'ipoteca in *volontaria* e *legale;* distinzione formulata così in termini ampî, perchè alla legale altre determinazioni speciali vengono dall'analisi intorno la causa che vi dà origine, ed all'altra dal modo di essere della volontà che dà vita al rapporto reale. Del fine economico e del giuridico che in questo è, parrebbe ormai ozioso discutere oltre, dopo la ricerca ampiamente condotta in proposito: l'ipoteca è vincolo reale, per cui rimane investita la cosa, e nella realità è contenuta la garanzia, più o meno fortemente determinata secondo che non vi ha, oppure vi ha prevalenza il concetto di esecuzione (1). Dire *vincolo reale,* è adottare una locuzione meglio rispondente a quella di *obligatio rei,* che se non rendeva con perfezione giuridica l'entità dell'ipoteca, esprimeva quasi in forma plastica il modo col quale s'incontrano nel rapporto il termine di realità, che lo caratterizza, e l'altro di obbligazione garantita; e osservando questo processo di formazione dell'istituto, si coglie la veracità del concetto affermante il quasi assorbimento del rapporto personale assicurato, nel reale. Perchè, sebbene l'alienazione condizionata del valore si manifesti immediatamente col carattere della realità, è pur vero ch'essendo il *fine* del rapporto la sicurtà del credito, questo vi è di necessità contenuto; non così da rimanerne eliminato il rapporto personale, ma in modo che il valor della prestazione che vi è dedotta, è identico a quello alienato con la forma di sicurtà reale.

(1) Vedi su questo argomento la n. 1, a pag. 1.

Digitized by Google

L'obbligazione garantita assume cioè nuova forma nel rapporto di pegno, e concorrendo necessariamente nel fine ch' esso ha, ne è elemento costitutivo; onde la proprietà dell'antica terminologia di *obligatio rei*, e la maggior convenienza di qualificare l'onere reale di garanzia come *vincolo reale:* e sovra tutto, la possibilità di determinare con precisione quel che di *accessorio* vi è nel pegno.

Accessorietà non propria (1) è vero, ma che nonostante ogni riserva di cui si voglia circondarla, mal s'accorda al concetto d'indipendenza del rapporto reale di garanzia dall'obbligazione che n' è assicurata: quante volte si studia come quel rapporto si svolga, s'ha sempre innanzi la figura dell'obbligazione, nè può essere altrimenti, dato il fine della garanzia. La contraddizione svanisce, quando si dia il giusto valore a questa relazione ordinariamente determinata da accessorietà: il qual termine mostrerebbe i due rapporti stretti assieme nel concetto di sicurtà, onde s'attribuisce al personale come una ragion di prevalenza sull'altro, nè si avverte, che quel che pare accessorietà è soltanto manifestazion della causa: la garanzia contiene cioè il valore economico dell'obbligazione assicurata, sebben da questa, considerata qual vincolo personale, sia al tutto indipendente, ed avviene, che quando sente gli effetti dei fenomeni che tolgono o modificano il rapporto obbligatorio, non l'*accessorietà* agisce, ma la sua causa, la sua propria ragion di essere. Nè si opponga ch'è difficile accordare con questo concetto la possibilità, di cedere la garanzia reale indipendentemente dal credito, come occorse già di affermare, e come si dirà in seguito: essa deriva da un altro termine, ch'è la realità del diritto derivante al creditore pignoratizio dall'alienazion di valore costituita a favor suo. E sebbene l' alienazione sia seguita a fin di garanzia, la *causa* relativa al vincolo personale

(1) Vedi in questo studio il vol. I, cap. cit., t. e n. Agli autori ivi citati *adde* Bianchi, *Delle ipoteche* (Napoli, 1896), vol. I, cap. I: dove peraltro il concetto di accessorietà è tolto in significato affatto rigido, senza determinazione esatta del rapporto in cui stanno l'*obbligazione personale* ed il *vincolo reale* costituito a garantirla. La qual menda è pure nel trattato di Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Tr. théor. et prat. de dr. civ. Nantissem., privil. et hypoth.* (Paris, 1896), II, p. 8 e seg. Nè si può determinare questa relazione senza ricostituire il processo formativo dell'ipoteca, e ricercare in quali casi, e come, vi predomini la figura dell'*esecuzione reale*, oppure l'altra della *garanzia;* onde i risultati, cui già si accennò (v. vol. I, l. cit.), e che si porranno in seguito sulla cession dell' ipoteca, sulla possibilità ch' essa si mantenga dopo estinto il credito, come alienazion di valore, e sull'obbligo di garantire la sussistenza del valore alienato per via del *supplimento* (C. civ., a. 1980).

Digitized by Google

non inerisce alla realità del rapporto, così, che l'esistenza di questo debba ritenersi determinata esclusivamente in relazione al credito pel quale fu originariamente posto in essere, ma basta per ciò, che lo si congiunga ad un credito qualunque: purchè si avverta alla distinzione fondamentale proposta, tra il caso che nella sicurtà predomini il carattere di esecuzione reale, e quello in cui vi prevalga l'altro di garanzia. Difatti, se nell'entità del rapporto avesse maggior rilievo la figura dell'esecuzione reale, e nella cessione questo carattere non venisse meno, non s'avrebbe propriamente garanzia, sibbene la specializzazione della garanzia generale che il patrimonio del debitore presta ai creditori, e si può quindi staccarla dal credito originario per unirla ad altro: ma se nella costituzione della sicurtà esistesse da principio la figura della garanzia propria, oppure la figura originaria dell'esecuzione reale non rimanesse intatta nella cessione, il fine del pegno comprenderebbe necessariamente l'obbligazione originariamente assicurata, che continuerebbe ad inerirvi, malgrado la possibilità giuridica di cedere e di suppignorare (1).

La qual costruzione concede di porre i risultati ottenuti mediante l'analisi del concetto generale del pegno, in modo più rispondente ai principî; la prevalenza avvertita del rapporto reale sul personale garantito, e la sospensione necessaria dell'esercizio del diritto di credito in alcuni casi di cessione del solo vincolo ipotecario, trovano la giusta dichiarazione nell'osservazion fatta sul modo d'inerire del credito, in qualità di causa, al rapporto di pegno. Dove l'entità della *garanzia* è minore, perchè da principio oppure per fatti sopravvenuti (2) domina nel pegno, al momento della cessione, la figura di esecuzione reale (il termine cioè di *garanzia* in genere, a modo che la sicurtà sia soltanto specializzazione di quest'ultima (3), spettante nella generalità e personalità sua ai creditori tutti), il pegno ha maggior indipendenza dal credito garantito; ma dove il concetto di garanzia vera, propria, ha più rilievo, dove la garanzia è costituita esclusivamente a favore di un dato credito

(1) Vedi il vol. I, cap. cit., e vedi in seguito, le ricerche intorno alla mutazione dei termini occorrenti all'esistenza dell'ipoteca.

(2) Questo punto, che nella costruzione proposta sul concetto del pegno, è fondamentale, è stato già svolto nel cap. I citato; più lo sarà nel cap. citato nella nota precedente, e nella parte relativa agli effetti dell'ipoteca rispetto al *terzo* costituente ed al terzo possessore.

(3) Vedi la nota prec.

Digitized by Google

e si mantiene tale nel momento in cui avviene la cession del pegno, il fine della sicurtà, e con esso l'obbligazione garantita ineriscono talmente al rapporto, che se per la realità sua il creditore può disporne separatamente dal credito, pure questo non può non rimanerne colpito, ed è tratto in modo indiretto negli effetti della disposizione. Nell'analisi già fatta (1), s'asseriva ciò a risultato della realità del pegno, ed a questo carattere s'attribuiva il sovrapporsi del rapporto reale al vincolo personale garantito: invece, la realità spiega sì il potere di disporre, ma il fine della garanzia che vi è contenuto come causa, chiarisce perchè nel movimento autonomo ch'esso ha, non si possa astrarre dall'obbligazione che indirettamente ne subisce gli effetti. Perciò, se nella cessione del pegno riman talvolta paralizzato l'esercizio del credito, ciò avviene per essere il credito contenuto nella ragion efficiente del rapporto reale: l'indipendenza dei due rapporti (*reale* di garanzia, e *personale* garantito) consente al creditore di disporre del *credito*, e, pel fine della garanzia, la disposizione agisce *direttamente* sul pegno, ancorchè non vi sia compreso in modo espresso: gli consente pure di disporre del solo pegno, ma, per la considerazione della causa ne rimane *indirettamente* colpito anche il rapporto di credito, del quale il creditore non s'è spogliato, ma si è di necessità interdetto l'esercizio.

5. Dichiarato così il potere derivante al creditore dai due rapporti includenti lo stesso valore economico, e chiarita l'indipendenza ch'è tra essi, misurandola al criterio dedotto dal fine di *garantire*, è facile determinare l'azione della *volontà* nel creare il vincolo reale d'ipoteca. Perchè, o agisce sull'elemento patrimoniale inerente all'obbligazione, e quindi sul patrimonio del debitore considerato qual garanzia in genere, lavora cioè su questo sustrato, e specificando la sicurtà rispetto al valore di certe cose già contribuenti per sè a costituire tal garanzia generica, l'afferma, la realizza, e dandole realità ristrettamente ad esse, lascia intatto nel patrimonio rimanente quel rapporto generico; il che mostra in qual modo l'*obligatio*, nel contenuto suo di alienazion di valore, possa, rimanendo tale (*personalis obl.*), assumere la figura di rapporto reale

(1) Vedi il cap. I cit. V. per le maggiori dichiarazioni su questo concetto, che non modifica la costruzione proposta, ma soltanto la rafforza, la determina meglio, il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

per via della sicurtà (*rei obl.*). Oppure agisce indipendentemente da questi elementi, restringendosi nel concetto proprio di *garanzia*, ch'è la figura per cui rimase modificata l'entità originaria del pegno, rendendo possibile la costituzione della sicurtà reale indipendentemente dalla personale: l'idea primitiva disposante la realità all'elemento patrimoniale dell'obbligazione, quasi a concretarlo, a determinarlo, induceva infatti la necessità che il terzo desse garanzia personalmente (1), e soltanto allorchè la determinazione, la specializzazione della garanzia in genere apparì come vera sicurtà, entrò nell'istituto la possibilità che una terza persona desse garanzia reale pel debito altrui.

Al qual risultato si pervenne per via di deduzione dal concetto di garanzia; come non parve dissonanza giuridica la dualità di forma (personale e reale) di cui rispetto al patrimonio del debitore era vestito un eguale contenuto economico, così s'accolse l'idea di porre direttamente in relazione la forma personale con la *obligatio rei* consentita da un terzo. La necessità che questi premettesse l'obbligazion personale di garanzia, per una parte toglieva il giusto carattere alla sicurtà reale, essendo considerata necessariamente non in rapporto diretto con l'obbligazione garantita, ma come esecuzione reale, concreta, dell'obbligazione personale del garante: e in ciò par che consista la vera ragione del diritto più antico, che non trovava possibile la garanzia reale del terzo senza che s'obbligasse di persona; concetto attribuito finora, meglio che all'ordinamento giuridico dell'obbligazione, ad un preteso senso di sfiducia verso la sicurtà reale in confronto della personale (2). La necessità che l'obbligazion personale precedesse la costituzione della sicurtà reale data dal terzo, era mezzo procedurale occorrente alla validità di quest'ultima, e nella pratica degli affari il credito doveva certo risentirsi di tale ostacolo: ond'è, che il bisogno di render più agevoli le contrattazioni, e l'analisi giuridica del concetto di *oblig. rei* e di garanzia, indussero la semplificazione del potersi annettere all'*oblig. personalis* l'*oblig. rei* su cosa di un terzo a ciò consenziente.

La ricostruzione dell'analisi avvenuta su questo punto, non è difficile. Il confronto delle due forme di *obligatio* dimostrava, che, pur contenendo l'identico valore, l'identica entità economica, erano

(1) Vedi il vol. I, cap. cit.
(2) Vedi la n. precedente.

Digitized by Google

indipendenti come creazioni giuridiche distinte, e se in tal modo era possibile di averle coesistenti sul patrimonio della stessa persona, si poteva egualmente averle sul patrimonio del debitore e di un terzo; la relazione giuridica tra le due forme, non perciò rimaneva alterata: e a tal risultato induceva pure la figura della garanzia, parendo giusto che se il terzo avea facoltà di consentire un'obbligazione personale accessoria, potesse parimenti costituire l'*obligatio rei*, riferentesi, pel contenuto suo, alla *personalis obligatio* altrui. Due fatti traggono luce da queste considerazioni, e la ricerca ne avrà in seguito vantaggio grande; il primo, che ammessa la possibilità di costituirsi da una terza persona *l'oblig. rei*, attribuente maggior sicurezza al credito, il concetto di garanzia dominò talmente nell'istituto, da rimanerne talvolta oscurata la differenza, così profonda ed essenziale, tra le due figure di terzo possessore e di terzo costituente la sicurtà; il secondo, che per contenersi nel rapporto di *garanzia* (1) il valore dell'obbligazione garantita, ossia la stessa obbligazione garantita nella sua entità economica, il regresso del garante verso il debitore, ha per suo fondamento così nella sicurtà personale come nella reale, il concetto del pagamento con diritto a surrogazione. Perchè il creditore che mediante l'azione sulla cosa onerata riceve il valore o parte del valore dell'obbligazione garantita, ha ottenuto il soddisfacimento totale o parziale del suo credito: onde la surrogazione, che per benefizio di legge fondata sulla presunta volontà delle parti (2), spetta al terzo: e questa ragion di decidere si tentò pur di attribuire alla surrogazione ipotecaria conceduta dalla legge al creditore rimasto perdente, quasi che il creditore anteriore abbia conseguito il soddisfacimento totale o parziale del suo credito sul *valore* della garanzia constituita al creditore posteriore danneggiato (3). La qual costruzione, secondo si dirà, non par da sola meritevole di accoglimento.

6. La ricerca e la determinazione del modo col quale nella creazion dell'ipoteca l'azione della *legge* si determina, differenziandosi da quella ch'è propria alla *volontà* del costituente, mostra come nel formare l'entità del rapporto reale ipotecario qual diritto distinto, s'incontrarono, e via via si poterono fondere, i due concetti di

(1) Vedi la n. 1 a pag. 13 e il rinvio che vi è fatto.
(2) Vedi la n. precedente.
(3) Vedi la n. precedente.

Digitized by Google

« esecuzione » e « garanzia », con la successiva prevalenza di quest'ultimo. La legge, secondo occorse già di osservare, dedusse, riferendosi all'ordinamento procedurale, e come per via di pena, ciò che poi diventò « elemento patrimoniale » dell' obbligazione; questo termine non fu « sicurtà » ma « esecuzione » del vincolo, e quando le parti per la necessaria spinta del fine economico contenuto nel vincolo obbligatorio, poterono estenderlo ed integrarlo per via del patto, la previa determinazione dell' « esecutorietà reale » dovette creare necessariamente nell'intervallo tra il patto e la scadenza la figura della « sicurtà », ch'ebbe in progresso di tempo entità economica e giuridica propria. Così è che l' « *obligatio bonorum* », l' « *obligatio rei* » assunse un' entità distinta di fronte all' « *obligatio personalis* », alla quale prima accedette rappresentando l'elemento patrimoniale del vincolo, ch' era puramente personale in origine; ma se per questo verso la legge esercitò l'azion sua, creando il rapporto della « sicurtà reale » o determinandone la creazione, in altro modo operò creando poi direttamente un modo speciale di essere di tal sicurtà già concretata nella forma d'« *ipoteca* » : al che giunse, trasformando un istituto riferentesi alla semplice « esecuzione » in rapporto di « garanzia ».

Ciò avvenne rispetto a taluni « *privilegia exigendi* » : la legge, indottavi dalla natura oggettiva del credito, oppure dalla condizion del creditore, consentiva in alcuni casi la prelazione del soddisfacimento nel concorso con altri creditori del debitore: e qui non attribuiva certo un diritto di sicurtà, bensì un *favore* nel processo di *esecuzione*, nell'operazione cioè del riparto tra i concorrenti. E come tal favore non rispondeva al tutto a quelle considerazioni di benevolenza, di protezione che l'avevano indotto, determinata che fu la figura della *sicurtà reale* ch'è l'*ipoteca*, quel privilegio venne trasformato in questo nuovo rapporto: così, un istituto attenente all' « *esecuzione reale* », dette occasione alla legge d'intervenire per creare un modo d' ipoteca ch'è l'ipoteca *legale*. La quale è pur detta tacita (1), e dell'appellativo si dà d'ordinario questa dichiarazione, ch'esiste cioè senza necessità di volontà espressa degli interessati : dichiarazione inesatta, perchè non il volere delle parti, ma la benigna considerazione della legge verso la ragion del credito o la persona del creditore, era ed è la causa originaria dell'i-

(1) V. in seguito lo studio sull'ipoteca legale.

Digitized by Google

poteca *legale* propriamente detta. Nè importa, come s'avrà occasione di osservare in seguito, che gli interessati abbiano facoltà di togliere e di restringere questa garanzia ordinata dalla legge; se con apparente correttezza si può inferirne che la facoltà di revocare o di ridurre suppone un ordinamento fondato sulla volontà (che altrimenti non potrebbe modificare ciò che da essa non trae la ragion di esistere), quando s'avverta che l'esercizio di tal facoltà è conceduto purchè sia certo che non ne rimanga manomessa la sicurtà cui la legge ha inteso, chiaro apparirà che la *garanzia* instituita non trae la sua origine dalla volontà delle parti, sebbene a queste sia lecito di ristringerla, o di surrogarne altra: pel quale espediente, la ragion della sicurtà è in giusto accordo con l'interesse economico generale della libertà dei fondi.

E come dell'ipoteca legale propriamente detta, altrettanto avvenne dell'*ipoteca giudiziale*. Che ancor qui il concetto di « *esecuzione reale* siasi tramutato nella figura d' « ipoteca giudiziale » ben si rileva dal modo stesso che fu tenuto dai giuristi per convalidarne la creazione: si tolsero cioè le mosse dal cosidetto « *pignus praetorium* », *pignus iudiciale* » della legge romana (1), e ognun vede, che riferendosi questo istituto alla procedura di esecuzione, è appunto dal potere di *esecuzione reale* contenuto nella *obligatio rei* ch' è dedotto quel diritto sulla cosa esprimente il fine economico e giuridico della garanzia. Ma la prova più efficace di tale asserto si deduce dalla ragione storica diretta dell'istituto, che si trova nella pratica invalsa, e nell'ordinamento legale in cui poi questa si trasformò, di concedere agli atti notarili virtù di produrre per sè ipoteca, senza necessità di clausola che la consentisse: e preludendo ora a quel che più ampiamente si dirà in seguito sulla forma estrinseca statuita nel diritto odierno per la creazione valida dell'ipoteca volontaria, non pare che nel diritto francese anteriore alla codificazione i due principî « *l'atto pubblico induce per sè ipoteca* » e « *l'ipoteca non può essere costituita se non mediante atto pubblico* », si debbano attribuire il primo alla consuetudine di consentire negli atti la clausola ipotecaria, e l'altro ai cangiamenti avvenuti nel sistema delle prove, che indussero continue restrizioni alla prova testimoniale (2).

(1) Vedi il rinvio fatto nella n. precedente.

(2) Vedi in seguito le ricerche sulla *forma estrinseca* occorrente per la creazione dell'ipoteca volontaria. V. nel senso esposto Esmein, op. cit., p. 202 e seg.

Digitized by Google

La qual dottrina ha tuttavia oggidì gran favore; contestabile assai, dove si pensi che se da principio l'*obligatio bonorum generalis* s'intendeva inerente ad ogni costituzion di credito fatta per via di atto pubblico oppur di scrittura privata, e giustamente, perchè con ciò meglio che a far accedere all'obbligazion un vero rapporto di garanzia s'intendeva a supplirvi il difetto dell'elemento *patrimoniale* di fronte alla prevalenza del rigido elemento *personale*: e se più tardi l'*obligatio generalis*, per l'integrazione che necessariamente doveva provenirle dall'entità di rapporto di garanzia acquistato all'*oblig. specialis*, ebbe pur essa figura di sicurtà reale, la mutazione sopravvenuta non agì sul modo ricevuto di costituirla, per cui essa col suo nuovo contenuto aderì ancora alla nascita del vincolo obbligatorio, fino a che nuovi fatti sopravvennero a determinare in ciò un cangiamento notevole. L'integrazione cioè ch'era seguìta nell'entità dell'*oblig. generalis* quando fu agguagliata all'*obl. specialis*, pose in rilievo il concetto di *esecuzione* sui beni, *garantita*, *assicurata*, al creditore: e se l'antica *obl. generalis*, inducente il semplice elemento patrimoniale del vincolo obbligatorio, ben si reputava inerente alla costituzione di questo, parve invece che nell'esecuzione reale si dovesse contenere qualcosa di più, per cui non fosse giusto o corretto il farla accedere senz'altro alla semplice nascita dell'obbligazione. Così, l'*esecuzione*, che dal nuovo ordinamento esciva rinvigorita, dovette parer atto che per l'importanza sua non era giusto derivasse senz'altro dalla volontà dei privati semplicemente volta alla nascita del rapporto personale: e riferita come fu all'*autorità pubblica* interveniente, la costituzione di essa *ipso iure* venne ridotta al solo caso che l'obbligazione risultasse da atto notarile (1).

---

(1) Cons. Basnage, op. cit., cap. XII, XIII, XIV, pp. 54 e 62; e cfr. Pothier, op. cit., n. 10. Vedi specialmente Fabro, in op. cit., *De errorib. pragmatic.*, dec. I, err. I (*de tac. hypoth. ex chirogr. agn. v. denegato*), p. 1 e segg., che ben dichiara come con questa dottrina si confondesse il rapporto patrimoniale inerente all'obbligazione (rapporto personale) col vincolo reale derivante dall'*oblig. bonorum*; e che mal rispondesse ai fonti la possibilità di dar nascita all'ipoteca argomentando da una presunzione di volontà, giustificata soltanto *ex stilo et consuetudine notariorum*; ma l'obbiezione valida contro l'interpretazione data dal Basnage (v. pure Loyseau, *Du déguerpissement*, cit., III, 1, 5), non lo è più quando l'*esecuzione* ch'è la ragion dell'ipoteca si connetta non alla tacita volontà, sibbene all'intervento dell'*autorità* constatato dal *sigillo* del pubblico ufficiale. Insomma, come il *sigillo* dava virtù esecutiva all'atto, dava perciò nascita all'*ipoteca* che di tale virtù era manifestazione diretta (v. Pothier, l. cit.; e cons. Laurière, *Tr. de le*

Digitized by Google

Il *sigillo* fu la forma attestante tale intervento, che si ritenne poi sufficientemente accertato per via del riconoscimento *giudiziale* della *scrittura privata* (1); cosicchè, non la considerazione dell'essere la clausola della costituzion d'ipoteca generale diventata « di stile », tanto da ritenersi sottointesa nei contratti, perchè tale uso costante non sarebbe sufficiente a spiegare l'efficacia sua ristretta al solo atto pubblico, potendosi invece ben intenderne la virtù anche se dell'obbligazione constasse per scrittura privata o anche per semplice accordo verbale (2): ma il concetto di *esecuzione reale*, rafforzato, assicurato col mezzo dell'ipoteca generale, indusse quella limitazione giustificata dall'intervento della pubblica autorità.

Così, non parranno destituite di buon fondamento le notizie che intorno l'origine dell'ipoteca legale non *sottointesa*, ma inerente all'atto notarile, son fornite dalla dottrina francese anteriore alla codificazione (3); e in pari tempo si potrà osservare, che con la stessa evoluzione di concetti già osservata rispetto alla legge romana, al diritto germanico ed al franco, dal concetto di *esecuzione sui beni* trasse la sua determinazione propria la figura della garanzia reale: e che, questa determinazione avvenuta, a fin di compierla separando al tutto la nuova ipoteca generale dall'*obl. bonor. generalis*, che in essa si trasformò, il concetto di *esecuzione* servì nuovamente a restringere la nascita del diritto d'ipoteca al caso di atto notarile constatante l'obbligazione personale, o di scrittura privata giudizialmente riconosciuta. Il qual fatto, ed anche la persistente considerazione del potere di « esecuzione », contenuto nell'ipoteca, in virtù della facoltà di vendere necessariamente conceduta al creditore, indussero un'altra norma mantenutasi poi nel diritto francese per altre ragioni d'ordine economico-giuridico: la necessità cioè dell'atto pubblico, per la valida costituzione del rapporto reale di sicurtà. E

---

cout. de Paris, p. Duplessis (Paris, 1709), s. l. art. 164, 165). La dottrina di Fabro era quella insegnata dal diritto comune: Bald., *Consilia* (ed. cit.), cons. 485, n. 4, l. 1; Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, n. 2; Merlin, op. cit., I, q. 33, n. 2; Zanch., op. cit., exerc. IV, § 1, n. 46.

(1) Basnage, op. cit., cap. XII, e l'art. 92 dell'ordin. del 1539 ivi cit.

(2) Difatti era questo l'insegnamento del diritto comune: Fabro, op. cit. e l. cit.; Dumoulin, *Cout. de Paris* (in *Opera*, ediz. cit.), gl. l, v. l'art. 8; Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, n. 5; Merlin, op. cit., III, q. 33, n. 4; Mantica, *De tacit.* (ed. cit.) XI, t. 13, n. 3; Zanch., op. cit., exercit. IV, § 1, n. 42; Gait., *De credit. ex libris*, Col. 1662, cap. 2, tit. 8; Surdus, *Decisiones univ.* (ed. cit.), dec. 72, nn. 4-5.

(3) Pothier, op. e l. cit.

Digitized by Google

sebbene abbia molta autorità la dottrina che asserisce il fondamento storico di questa regola alle mutazioni avvenute nella legge francese sull'ordinamento probatorio, e in ispecie alla sfiducia che da ultimo avvolse il mezzo della prova testimoniale, in antico così preferito (1), pure, chiaro apparirà che non il nuovo indirizzo dato al diritto probatorio indusse direttamente la regola segnalata, bensì la norma intorno l'atto pubblico come idoneo a produrre per sè ipoteca generale, e il concetto d'esecuzione: quasi che le parti potessero validamente convenire la costituzione della garanzia, e non potessero da sole, e senza l'intervento di un pubblico ufficiale infondervi la virtù dell'esecuzione. E di questa ricostruzione si hanno ampie testimonianze nella dottrina francese anteriore alla codificazione (2).

Nè de' due fatti indicati è stata sola conseguenza questo della necessità dell'atto pubblico a fin di costituire l'ipoteca: un nuovo risultato dovette di necessità seguirne, e se non un'altra specie d'*ipoteca,* un altro modo col quale essa potè ancora aver origine, ch'è l'ipoteca giudiziale. Certo, nel diritto antico francese non mancava qualche concetto che potesse servire di addentellato alla formazione del nuovo istituto, e cioè il privilegio che contro gli altri creditori era attribuito a chi primo tra di essi avesse instituito la *domanda giudiziale* per la condanna del debitore al pagamento (3): ma questo effetto della sentenza risaliente al dì della domanda si estendeva ai soli beni mobili; così pure il diritto romano dava esempio di pegno derivante dalla potestà del giudice (*pign. in c. iudicati captum*): nei quali due istituti, e specialmente nell'ultimo, si può ben scorgere il concetto di « esecuzione » come ragion di loro essenza. Ma la sicurtà ipotecaria derivò alla sentenza resa dal magistrato dalla norma ricevuta sulla virtù dell'atto notarile, parendo che l'autorità del giudice non dovesse essere da meno dell'autorità del « sigillo » del pubblico notaio, tanto più che l'equiparazione era già avvenuta con l'effetto dato al riconoscimento giudiziale della scrittura privata; e fu pure determinata dall'« esecutorietà » inerente alla sentenza, quasi che la costituzion dell'ipoteca fosse già modo di apprensione del valore contenuto nel patrimonio.

(1) Esmein, op. cit., pag. 208 e segg., e i fonti ivi cit. V. specialmente Basnage, op. e loc. cit.

(2) Pothier, op. cit., n. 9.

(3) Sull'origine dell'ipoteca giudiziale, v. in seguito.

Digitized by Google

7. Le ricerche ora esposte, e che nei fonti hanno buon fondamento, confermano il risultato dedotto dalle indagini già fatte sull'origine dell'« *ipoteca* »: la forza « *esecuttva* » inerente a certi atti per considerazion dell'ufficio tenuto dalle persone abilitate a riceverli (notaio) o ad emanarli (magistrati), si cangiò in virtù di « produrre ipoteca », o meglio, quella forza determinò quest'ultima come necessario complemento suo, quasi mezzo idoneo a renderla efficace; la possibilità dell' « esecuzione » parve si cominciasse a realizzare con l'« ipoteca » gravante i beni del debitore, e si provvedette giustamente assicurarla, con la garanzia ipotecaria conceduta al creditore, non esposto così a patir danno dal differire ch'egli facesse gli atti esecutivi. Qui s'avverte la ragione economica che insieme al fine giuridico presiedette al nuovo ordinamento: senza questa trasformazione, il creditore non garantito da ipoteca, che intendeva di aver soddisfacimento del suo credito, avrebbe dovuto agire senz'altro, con danno proprio e dell'obbligato nel caso di soverchia bassa dei prezzi delle cose vendibili, e con pericolo di perdere il soddisfacimento del suo credito, se per mancanza di mezzi avesse dovuto dilazionare l'esecuzione reale; e nel caso di differimento imposto dalla necessità della procedura d'appello contro la sentenza di condanna, era ben giusto che la cautela data al debitore non riuscisse di danno al creditore con la sensibile perdita della garanzia offerta dal patrimonio dell'obbligato. L'innovazione avvenuta, deducendo la *garanzia reale* dalla virtù esecutiva dell'atto, e dall'ordinamento procedurale sui mezzi impugnativi delle sentenze, ovviò a questi pericoli, provvedendo equamente agli interessi del creditore e del debitore.

Nel diritto odierno all'ordinamento dedotto dall'antica tradizione giuridica francese si oppose, e con fortuna, la dottrina del diritto comune, che altra volta (1) avea tentato inutilmente di contradirvi: e prevalendo così i concetti ricevuti sulla costituzion volontaria dell'ipoteca, si respinse la norma invalsa dell'effetto degli atti pubblici di produrre ipoteca per sè, pur lasciando integra tal virtù consentita alle sentenze giudiziali. La qual cosa par che contenga un movimento contraddittorio d'idee giuridiche, perchè a tutta prima non s'intende come abbia potuto sopravvivere l'ipoteca giudiziale che pur dall'ipoteca notarile era stata generata: se la ragion cioè di essa è quella che giustificava quest'ultima, parrebbe che male

(1) Vedi le n. 1 a pag. 17 e 2 p. 18, e gli autori ivi cit.

Digitized by Google

la legge odierna abbia privato l'atto notarile dell'antica efficacia creatrice del rapporto ipotecario, mantenendola invece alla sentenza. E la contraddizione così segnalata, e che si risolve in accusa all'istituto odierno dell'ipoteca giudiziale, sparisce, quando si badi all'intendimento col quale la dottrina posteriore valutò e modificò l'ordinamento antico: essa non avverti ciò che in questo si collegava necessariamente al concetto di esecuzione (1), ed esaminandolo con gli stretti criteri dedotti dalle leggi romane, respinse la possibilità di costituir l'ipoteca per via della sola forma estrinseca dell'atto notarile: e accolse invece la figura dell'ipoteca giudiziale, perchè vi corrispondeva, o almeno pareva vi corrispondesse, il *pignus in c. iudic. captum* delle leggi romane.

Tale la ragion dell'innovazione seguita, e quindi della conservata virtù alla sentenza di produrre l'ipoteca: ragione di valore storico in gran parte, e povera assai di valore giuridico nella giustificazione che d'ordinario vien data dell'ipoteca giudiziaria; la quale apparirà invece provvedimento legittimo a chi pensi la giusta autorità inerente alla decisione del magistrato, e il fine economico or descritto inerente a tal sicurtà. Vero, che tal fine sarebbe pure inerente all'atto notarile, in quanto dotato di virtù esecutoria (2): ma si deve avvertire che quest'efficacia non gli compete con la stessa forza che inerisce alla dichiarazion del giudice.

Così, nel diritto odierno, separando la virtù *esecutoria* inerente a certi atti dalla virtù produttiva del rapporto reale d'ipoteca, si hanno:

a) atti che la legge ha munito di forza esecutiva;

b) atti che hanno tal virtù, e in pari tempo, per l'autorità pubblica, da cui emanano, la rendono più efficace per via della possibilità di produrre ipoteca (*ipoteca giudiziale*);

c) atti che, pur avendo tale virtù, non inducono il potere di costituire ipoteca.

8. La ricostruzione descritta del movimento legislativo avvenuto per rispetto all'ipoteca legale e giudiziale (ipot. *legale in genere*), rende or facile la fissazione dei caratteri che, tra le cause generative dell'ipoteca, determinano l'ipoteca legale; o meglio, designano

(1) Vedi il rinvio fatto nella n. 3 a p. 19.
(2) Cod. di proced. civ., a. 554 3ª.

Digitized by Google

il modo col quale si esplica in questo punto l'azion della legge. Che opera *direttamente*, per *propria virtù*, nella creazione di alcune figure d'ipoteca (ipot. legale generale; ipoteca giudiziale), in cui, come avviene del pegno in genere, lo scopo economico e giuridico del rapporto consiste sì nella sicurtà reale, ma ben vi si rileva che la ragione presiedente all' istituto è un *privilegio*, concesso talvolta per la natura stessa del credito o per considerazione della persona creditrice, e tal'altra per l'autorità di chi ha dichiarato l'esistenza dell'obbligazione. Ora, se la legge si fosse tenuta al solo concetto di *privilegio*, avrebbe dato, è vero, al creditore un mezzo maggiormente favorevole di conseguire il pagamento sul patrimonio dell'obbligato, con la prelazione del suo credito in confronto degli altri creditori concorrenti: ma tal vantaggio, per la stessa natura giuridica del mezzo destinato a produrlo, aveva il pericolo di un effetto grandemente incerto, perchè supponeva l'esistenza presso l'obbligato di beni sui quali l'azione esecutiva del creditore si potesse esplicare. Vantaggio dunque rispetto all'entità del pagamento ottenibile, ma incertezza molta nel conseguirlo: al qual difetto si riparò cangiando il *privilegio* in *garanzia reale*, concedendo cioè al creditore una sicurtà attribuente maggior efficacia al favore consentito, fissandosi sui beni il diritto nascente dall'obbligazione così avvantaggiata.

Non rileva ora ricercare od avvertire, come rispetto a certi crediti il favore della legge siasi mantenuto oltrechè con la nuova forma della sicurtà reale, anche con l'altra della prelazione (1): per la costruzione qui studiata, è sufficiente notare che nel diritto odierno i casi in cui la legge concede la garanzia reale ipotecaria rivelano l'intendimento di *assicurare il credito sui beni dell'obbligato*, restringendo la

(1) La legge favorisce la ragion del credito con l'ipoteca legale, e s'è avvertito come in questa sua cura vi sia qualcosa di più che nel *privilegio*, per via del rapporto reale, a qualcosa di meno per effetto della prelazione meno notevole: ma considerazioni di equità possono indurre la legge ad accrescere il favore conceduto con la semplice ipoteca, in modo che il credito, oltre a questa sicurtà reale, abbia pure il beneficio della prelazione speciale, e sia quindi garantito dall'ipoteca legale privilegiata. Così la legge romana aggiungeva il privilegio all'ipoteca legale conceduta alla donna per la dote (L. 12, § 1, C. *qui potior in pign.*, VIII, 18; § 29, I. *de action.* (IV, 6); Nov. 97, c. 2; 109, c. 1); e la legge civile odierna tra il credito dello Stato per spese di giustizia garantito con ipoteca legale sopra i beni dei condannati, dà la prelazione alle spese della *difesa*. Cod. civ., a. 1969, 5.

Digitized by Google

prelazione al grado ch'è inerente alla sicurtà: dimostrano cioè, il fine di *assicurare l'esecuzione sui beni*, e rimane con ciò chiarita la concezione descritta del *privilegio*, e quindi dell'*esecuzione*, come ragion costitutiva dell'ipoteca *legale* in genere, ben diversa, secondo si dirà, dall'ipoteca legale tacita.

E deducendo ora da questo concetto fondamentale, è agevole tracciare i caratteri distintivi, proprî, di quell'ipoteca che dalla sola legge trae origine, e cioè dell'ipoteca legale in genere e della giudiziale. Come il *privilegio* n'è la ragion prima, e tal figura si connette di necessità alla liquidazione, all'*esecuzione* reale, è l'ipoteca vôlta al fine di mantenere, di rendere efficace questo favore contro ogni possibile diminuzione del valore dei beni che si voglia effettuare dall'obbligato con la forma dell'alienazione propria, o con la costituzione di altri debiti; e, tenendo pur presente la formalità estrinseca ch'è richiesta per la nascita del diritto reale d'ipoteca, chiaro è, che la legge o la sentenza non creano tal rapporto per sè, ma dànno facoltà al creditore di valersi dell'ipoteca qual mezzo occorrente a tutelare l'efficacia del favore che gli è conceduto. Dànno cioè il modo di assicurare l'esecuzione possibile sui beni, e però s'intende come questa virtù inerente al credito si estenda al patrimonio intero, considerato quale universalità, e tolga la figura determinata d'*ipoteca*, appena sia costituita con la forma speciale dell'istituto. Tale è il senso del carattere di *generalità* che sarebbe annesso alle due specie d'ipoteca or descritte: la *generalità* non esiste rispetto alla costituzione dell'ipoteca, ch'è *speciale* pel fine economico e giuridico inerente alla sicurtà reale, ma esiste soltanto nella virtù che la legge annette a certe qualità di credito, cui vien così assicurata l'esecuzione reale sui beni costituenti il patrimonio dell'obbligato. E per la *generalità* così intesa, avviene: *a*) che la virtù descritta si riferisce al *patrimonio* considerato nella sua particolare entità giuridica, e quindi si può determinare con la figura propria dell'ipoteca, soltanto sui *beni* che effettivamente lo compongono al momento in cui vien legalmente *costituita*, nè importa perciò distinguere se i beni sian presenti o futuri (1); su quelli che

(1) E s'intende, perchè se per ciò che si riferisce alla creazione dell'ipoteca (e creazione qui vale diritto a *crearla e costituirla*), la *generalità* ha tratto all'universalità, non si può distinguere tra beni presenti o futuri: il diritto all'onere colpisce l'universo compendio patrimoniale. Ma di ciò, in seguito.

Digitized by Google

ne fossero usciti prima, il creditore ha soltanto le difese competenti ai creditori per la *garanzia generale* ch'è fornita dal patrimonio, e quindi le azioni di nullità dell' atto non personali all' obbligato, e l'azione revocatoria pel danno dato con dolo, o pel pregiudizio (1); *b*) in conseguenza, non è possibile l'esplicazione di tal virtù se non sul *patrimonio* dell'obbligato, *c*) il quale, non essendo legato al creditore da alcun rapporto di sicurtà reale, come avviene quando questo sia stato costituito volontariamente, ha verso di lui soltanto quegli obblighi che, per l'elemento patrimoniale contenuto nel credito, esistono rispetto ai creditori non garantiti da diritto di pegno. *d*) E questa condizione giuridica di cose dimostra, come nell'intervallo tra l'esistenza del patto e del titolo avente *virtù* di concedere la garanzia ipotecaria, l'*ipoteca* non sia ancora creata: i due momenti di *creazione* e *costituzione* di essa si confondono in quest'ultimo (2), ch'è il punto in cui il creditore valendosi della virtù descritta esercita il suo diritto di renderla efficace. *e*) Dichiara pure, come la legge a fin di rendere meno gravosa la posizione dell'obbligato, e di commisurare l'entità dell'esecuzione al credito favorito, facendo così risaltare la figura di garanzia inerente all'ipoteca, statuisca la possibilità di *ridurre* l'onere ad una parte di beni il cui valore paia sufficiente ad assicurare il diritto: e in certi casi limiti il concetto di *patrimonio*, nel senso che sui soli beni componenti il patrimonio *presente* è consentita l'ipoteca (3).

9. Nella determinazione or descritta dell'ipoteca *legale propria*,

---

(1) Pei beni già esciti dal patrimonio al momento in cui è nato il diritto all'ipoteca legale, la decisione esposta non abbisogna di chiarimento: e non fa difficoltà il caso che il diritto all'ipoteca fosse bensì sorto, ma l'ipoteca non fosse ancora costituita con le forme ordinate all'uopo dalla legge, perchè la condizione di creditore ipotecario è subordinata a tal costituzione regolare dell'onere. Ma, si potrà obbiettare, nei rapporti tra le parti e i loro eredi ed aventi causa, non rispetto ai terzi, la creazione non avrà efficacia per sè, indipendentemente dalla costituzione, e quindi se nell'ipoteca legale il *titolo creativo* è la legge, il creditore non si dovrà considerare come ipotecario appena il credito abbia la qualità, per cui quest'ipoteca deve accedergli? La risoluzione negativa dipende dal concetto esposto, che cioè nell'ipoteca legale i due momenti della *creazione* e della *costituzione* dell'onere coincidono in quest'ultimo (v. il n. 116): e dal modo d'intendere la *costituzione* dell'ipoteca, se cioè le forme occorrenti ad effettuarla siano richieste soltanto per rispetto ai terzi. Del che a suo luogo.

(2) V. la n. precedente e il rinvio.

(3) V. i nn. 112 e segg.

Digitized by Google

non si è distinto tra le due forme d'ipoteca *legale* e d'ipoteca *giudiziale*, a causa della ragion comune di loro esistenza, ch'è la legge, e del concetto di *esecuzione* ch'è la prima radice di entrambe; ma scrutinando questo punto con maggiore profondità, si può ben segnalare qualche carattere speciale occorrente nell'entità di ognuna, e cioè il diverso grado col quale in esse operano il concetto di *esecuzione* e l'altro di *privilegio*. Nell'ipoteca giudiziale agisce quello (*esecuzione*) con più efficacia, perchè dall'esecutorietà del titolo è meglio derivata la figura di *garanzia* : invece nell' ipoteca *legale* ha maggiore rilievo il concetto di *privilegio*, il favore consentito cioè a determinate ragioni di credito, per l'entità loro ed anche per la condizion delle persone cui spettano: vero è, che anche nell'ipoteca giudiziale la figura del privilegio apparisce con la speciale virtù consentita alla sentenza rispetto agli altri atti pur aventi efficacia esecutiva (1), ma nondimeno il fine della garanzia vi è con l'esecuzione in rapporto più diretto e più prossimo di quel che non sia nell'ipoteca legale.

10. In queste due forme speciali d'ipoteca (*legale, giudiziale*) è dunque la legge, per le considerazioni descritte e che avranno in seguito dichiarazione più ampia, che fa inerire ad un determinato stato della persona o ad una particolare ragion di credito, o a certi titoli che lo dichiarano, il diritto di poter procedere alla costituzione del rapporto reale: l'altra forma trae invece origine dalla *volontà*, manifestata *espressamente* per via di negozio giuridico bilaterale ed unilaterale, oppure *tacitamente*, come in ispecial modo avvien dell'ipoteca *legale tacita* (2), che la legge crea non per diretta azione propria

---

(1) Ed è appunto questo uno dei maggiori argomenti che si propongono contro l'ipoteca giudiziale, perchè se all'atto notarile, ch'è titolo esecutivo (Cod. di proc. civ., a. 554) è stata tolta la virtù di produrre ipoteca, non si doveva tal effetto conservare alle sentenze, alle quali venne conceduto soltanto perchè gli atti notarili potevano produrlo; obbiezione non davvero grave: altre considerazioni, alle quali occorse giù di accennare, giustificano l'ipoteca giudiziale. Ma sta ciò che s'è detto nel testo: tra i titoli esecutivi, la sentenza produce anche il diritto di costituire (*creare e costituire*: vedi la n. 1 a pag. 24 l'ipoteca, e qui certo occorre il concetto di privilegio.

(2) La terminologia comunemente seguita dà nome d'ipoteca tacita all'ipoteca legale in genere: ma i concetti esposti impongono la distinzione proposta, che risponde alla ragion d'origine dei varî gruppi d'ipoteche legali. Tant'è, che i dottori di diritto comune chiamavano ipoteca tacita quella ch'è introdotta dal solo mini-

Digitized by Google

secondo s'è detto dell'ipoteca legale in genere, sibbene attribuendo alle parti l'intendimento di volervi dar nascita: la natura dell'atto costituito, ed il modo col quale la volontà delle parti s'è determinata in relazione agli elementi necessari all'esistenza di esso, dànno pur ragione del provvedimento della legge, e per questa causa parrebbe che la creazione dell'ipoteca *inerisca* all'atto stesso. In realtà ciò non è; vero, che è evidente la relazione tra l'origine dell'ipoteca legale *tacita* e la causa *economica* dell'atto, ma questa stessa distinzione tra il fine economico ed il giuridico del negozio dimostra che l'esistenza dell'ipoteca non avviene *necessariamente* per ragion del rapporto cui si riferisce, cosicchè mancando essa, pur questo venga meno: dai termini del negozio la legge deduce soltanto la volontà delle parti diretta ad assicurare il *compimento* degli estremi occorrenti a crearlo. Il che vien dimostrato dallo svolgimento del concetto di « *causa* », e dalla separazione tra lo scopo *economico* del negozio e lo scopo *giuridico*, avvenuta in modo, che mentre in origine i due fini coincidevano nel medesimo punto, l'esecuzione effettiva cioè degli estremi richiesti per l'esistenza dell'atto, in seguito (1), per via della miglior analisi dei concetti, si distinse l'*esistenza* di questi estremi dall'*adempimento* effettuale di essi: ma se la sola esistenza (p. es. nei contratti bilaterali l'*esistenza* delle obbligazioni reciproche dà vita giuridica al negozio) è sufficiente a costituire il rapporto, non si può contendere che la *volontà* delle parti sia diretta a dar vita legale ad un fatto, ad un interesse economico, e la *necessità* dell' adempimento diventi così la ragion di provvedimenti speciali che valgono a temperare il risultato troppo astratto della costruzione giuridica. Il fine *economico*, non più scopo determinante per sè il negozio, è quindi ragione delle *garanzie* ordinate affinchè il diritto corrisponda al movimento degli interessi

---

stero della legge (Merlin., op. cit., I, 1, 9, 11, nn. 35 e segg.; Negusant., op. cit., p. 2, oss. 4, nn. 1 e segg.; Acosta, op. cit., *prael.*, 1, n. 13; Gait., op. cit., c. 4, q. 5, n. 54; Zanch., op. cit., *ex* IV, § 3, n. 1; Mantica, op. cit., XI, t. 12, n. 1; Surd., op. cit., dec. XXXI, n. 9), ma in pari tempo, considerando i casi in cui l'ipoteca tacita derivava da presunta volontà delle parti, insegnavano ch' essa era tacita *respectu contrahentium*, ed espressa *respectu legis*. E con ciò rimanevano confuse le due parti, ben distinte, dell'ipoteca *tacita* o *legale*.

(1) Non si riferisce quindi la presunzione all'*esistenza* del negozio, ma soltanto all'*esecuzione* di esso. Del che più ampiamente in seguito, nello studio sull'*ipoteca legale*.

Digitized by Google

umani svolgentesi nelle contrattazioni (1): e con ciò si chiarisce il fondamento giuridico della condizione risolutiva tacita, e dell'*ipoteca legale tacita,* introdotta a fin di assicurare l'*esistenza effettiva* di uno fra i termini del negozio garantito.

Lo scopo economico dell'atto è dunque la ragion dell'istituto: se l'esecuzione effettiva degli estremi che questo richiede non è più necessaria a costituirlo giuridicamente, tuttavia, per giusta rispondenza alla volontà degli interessati che si determina in vista del concorso reale di essi, suscita provvedimenti intesi ad assicurare l'utilità che le parti vogliono conseguire per via del negozio. Così s'intende come nella creazione dell'ipoteca legale tacita, la presunzione della volontà degli interessati abbia la maggiore influenza: l'istituto inerisce al rapporto principale non per considerazione del fine giuridico, bensì di quello economico, dell'interesse, cioè che mosse le parti a costituirlo. E però l'ipoteca legale tacita è ipoteca *volontaria:* e come avviene della forma d'ipoteca *convenzionale* e *testamentaria,* vi sono separati i due momenti della *creazione* e della *costituzione* del rapporto reale di sicurtà, producenti speciali relazioni tra le persone interessate: e sono comuni ad essa le norme tutte concernenti l'*idoneità* dell'oggetto richiesta per la valida creazione del negozio (2).

Con questi criteri, e separando i due tempi della *creazione* e della *costituzione* del diritto reale d'ipoteca, si distinguono nella trattazione che segue la figura dell'ipoteca *volontaria* dalla *legale:* e perchè i due momenti accennati meglio appaiono separati nella prima, e perchè è poi comune ad entrambe ciò che attiene all'idoneità dell'oggetto ed alla forma occorrente a *costituirle,* così si esporrà anzitutto l'ordinamento che all'ipoteca *volontaria* si riferisce.

---

(1) Sul concetto di causa così inteso, vedi Chironi, *Colpa contratt.* (ediz. *cit.*), pag. cit. t. e n. V. pure il rinvio fatto nella n. precedente.

(2) Certo, sebbene nell'ipoteca legale i due momenti della creazione e della costituzione dell'onere coincidano in quest'ultimo, nell'ipoteca tacita propriamente detta hanno esistenza e virtù propria: avviene cioè quel che s'avverte nell'ipoteca volontaria, in cui, come s'è accennato e si esporrà in appresso, la *creazione* del rapporto produce effetti speciali tra le parti. Ma nell'ipoteca tacita, s'estenderanno pure le norme che rispetto alla creazione della volontaria governano la *capacità* delle parti? Di ciò a suo luogo.

Digitized by Google

§ 2.

Dell'ipoteca volontaria.

SOMMARIO. — **11.** Come la volontà si possa esplicare nella creazione dell'ipoteca. Azione sua: rispetto al credito che si vuol garantire, ai beni offerti in garanzia, alla trasmission del debito con la trasmissione della cosa onerata: ed all'ipoteca consentita dalla legge, che riman perciò mutata in volontaria, e come; rinvio. — **12.** La volontà contenente soltanto la *promessa* di costituire l'ipoteca: entità dell'atto: diritti ed obbligazioni inerenti al rapporto così costituito. — **13.** *Negozio* che la volontà può costituire a fin di creare l'ipoteca: unilaterale, bilaterale. — **14.** La *capacità* delle persone intervenienti a costituirlo: negozio unilaterale: regola. — **15.** Negozio bilaterale: capacità di volere del concedente. Regola. Minori interdetti. Regole speciali al commercio. — **16.** La incapacità del rappresentante. — **17.** Conseguenze dell'incapacità: annullabilità dell'atto. Sanatoria: modo speciale di essa per via dell'intervento all'iscrizione. — **18.** Effetto suo rimpetto ai terzi che nell'intervallo avessero acquistato e conservato diritti sulla cosa onerata. — **19.** La *capacità speciale* di poter volere la creazione dell'ipoteca: capacità di *disporre della cosa.* Regola. Minori emancipati. Inabilitati; donna maritata. Regole speciali al commercio. Fallimento. — **20.** Effetti, e sanatoria dell'incapacità speciale. — **21.** Atto del rappresentante. Marito amministratore della dote e della comunione. Società civili e commerciali. Erede apparente — **22.** Sanatoria; e specialmente della ratifica. Effetti. — **23.** Rinvio.

11. Come avviene in genere nella creazione dei negozi giuridici, così nella creazione del rapporto d'ipoteca la volontà della persona si può esplicare liberamente entro i termini che le son prefissi dall'entità giuridica dell'istituto: negli elementi richiesti assolutamente a costituirlo, essa non può cioè indurre alcuna mutazione che li snaturi, e può invece aggiungervene di altri compatibili con questi, e che perciò traggono ragion di essere non dalla struttura dell'istituto secondo è determinata dalla legge, bensì dal patto: la qual'avvertenza designa l'efficacia che rispetto agli interessati ha la parte aggiunta. Dev'essere dunque dedotta l'entità del « diritto reale » dalla norma legislativa, dai termini imposti a fin di avere la possibilità giuridica di crearlo, e ciò che si è voluto aggiungervi avrà virtù tra le parti rispetto alle quali l'accordo è intervenuto: si ha cioè nel rapporto la figura del diritto reale, e attenente, non inerente a questo, anche la figura dell'obbligazione che vincola i dichiaranti, non i terzi: i quali se pur talvolta vi sono tenuti, non derivano questa posizion loro dalla realità del rapporto, sibbene dall'accedere che

Digitized by Google

fanno, o debbono fare, all'obbligazione aggiunta (1). Nè rileva la possibilità di costituire validamente un rapporto che involva l'*obligatio ob rem* (2): quando la legge non lo consenta in modo esplicito per esservi indotta dal fine economico dell'istituto, agli elementi costitutivi del diritto reale non si può far inerire dalle parti cosa che all'effetto loro direttamente contraddica.

In applicazione del quale concetto, chiaro è che quando nella creazione dell'ipoteca volontaria si dicesse che il terzo acquirente dell'immobile vincolato deve rispondere *personalmente* anche del credito garantito, si vorrebbe cosa che non è compatibile coll'entità del diritto reale secondo esiste rimpetto ai terzi: certo, il concedente sarà tenuto verso il creditore a far sì che il terzo acquirente si assuma l'obbligazion personale, ma quando questo non abbia accettato tal pretesa, il creditore non potrà invocare la clausola posta nella creazione dell'ipoteca, affermando che la sua volontà di acquistare non potè derogare alla « legge » che presiedette a tale atto: si potrà ricercare, a seconda delle circostanze, se il terzo, anche tacitamente, abbia accettato tal clausola, ma in difetto d'accettazione, la ragion reale d'ipoteca non può trasportare in lui l'obbligazione personale garantita. Queste accedenze, non sono effetto diretto, naturale, della realità del rapporto (3).

---

(1) Contro questa decisione si può osservare che il costituente l'ipoteca può gravare il diritto di proprietà che gli spetta, con altro onere che s'aggiunge a quello della sicurtà reale, consistente nell'*obbligazione* imposta al successore particolare di sottostare all'azione personale volta al pagamento del credito garantito: la *proprietà* sarebbe con ciò gravata anche del rapporto di obbligazione, che inerendo al diritto vi rimarrebbe assorbita costituendo come una legge sull'estensione ch'essa ha. La costruzione proposta sull'entità degli oneri reali (vedi il vol. I, cap, I) giustificherebbe queste considerazioni, che chiariscono l'obbligo imposto dall'antico ordinamento sulla rendita al possessore del fondo onerato, di rispondere personalmente del debito gravante la proprietà acquistata (v. *Les démembrem. de la propriété fonc. en France*, Paris, 1881, pp. 65, 114), e dànno pure ragione dell'ordinamento legale sui *Reallasten* (Cod. civ. germ., §§ 1105 e segg.: vedi pure qui il vol. I, cap. I, cit.): ma data pure la possibilità giuridica di costituire un'*obligatio propter rem* avente tal contenuto, il rapporto non sarà inerente al diritto d'ipoteca, che non può essere denaturato dalle parti, ma dipende da un altr'onere speciale.

(2) Sull'*oblig. ob rem*, v. il vol. I, cap. I.

(3) Vedi la n. 1. La costruzione proposta esclude, come s'è già osservato, il caso che sia stata costituito valevolmente, anche rispetto ai terzi, l'onere speciale che ha figura di *oblig. propter rem*. Ma può avvenire, ed è il caso che più suol avverarsi, che nel trasmettere il fondo ipotecato, il debitore alienante obblighi l'acqui-

Digitized by Google

Per converso, la volontà può spiegarsi efficacemente sugli elementi del *credito* che dev'essere garantito, e della *cosa* che si vuol sottoporre a sicurtà, creando *immediatamente* l'ipoteca in sicurtà di un rapporto di credito ch'esiste sebbene il concessionario non siasi ancor valso in effetto del credito ottenuto, oppure se il concessionario dopo essersene valso interamente abbia diritto a continuare l'operazione, per non essere ancora scaduto il tempo pel quale la concessione di avere a credito gli è stata fatta: e può anch'essere creata l'ipoteca con esclusione di parti del credito che in difetto di volontà espressa ne avrebbero avuto garanzia; egualmente, può esserlo su di cosa che al momento dell' atto creativo non esiste nel patrimonio del concedente con la figura vera di diritto, e si possono invece escludere dalla cosa alcune parti, che in mancanza della clausola espressa sarebbero cadute nell'ipoteca con la cosa stessa. A differenza di ciò che si è avvertito rispetto alla volontà derogante ai termini legalmente necessari per l'esistenza del rapporto reale, ed agli effetti che direttamente emanano da tal realità, qui essa si esplica sui requisiti dell'istituto: non *fingendoli*, perchè debbono esistere *veramente* in conformità a quel ch'è il fine economico, particolare e generale del rapporto reale di sicurtà, ma costituendoli così da adattarvi la creazione della sicurtà reale.

---

rente che accetta ad assumersi anche l'obbligazione personale garantita, e liberarlo: il creditore potrà agire contro l'acquirente così obbligato, non per virtù delle norme regolanti la stipulazione per altri (Cod. civ., a. 1128; Dich. pruss. 21 marzo 1835, art. 3, Förster-Eccius, op. cit., I, § 102: L. pruss. 5 maggio 1872, § 41), sibbene perchè all'acquirente il diritto è stato trasmesso con tale obbligo, ch'è dunque legge dell'acquisto effettuato: è il suo titolo di acquisto, la sua condizione rispetto alla cosa, che giustifica l'azione del creditore (L. ipot. bav. 1 giugno 1822, a. 56; Roth., op. cit., III, § 309, 3°; *Motiv.* cit. sul § 518, II, pag. 145). Ciò rispetto all'azione personale (e vedi pure Cod. civ. germ., § 416); ma rispetto alla liberazione dell'alienante dall'obbligazione personale, non pare ch'essa possa aver luogo senza l'accettazione del creditore, dove s'argomenti dalla teoria dell'assunzione del debito altrui (Cod. civ. sass., § 432; Roth, op. e l. cit., Prog. del Cod. civ. germ., 1ª redaz., § 318, 2°; *Motiv.* cit.), e ad accertare tal consenso provvedono alcune legislazioni, presumendolo dopo un certo tempo decorso da quando al creditore venne data notizia dell'atto (L. pruss. *cit.*, § 41; Prog. di Cod. civ. germ., 2ª red., § 359; Cod. civ. germ., § 416). Vero è, che si potrebbe pur dire, che in quella guisa che il creditore si vale della legge dell'acquisto per agire personalmente contro l'acquirente, la stessa legge fissa contro questo l'obbligo e quindi l'azione in quanto ne segua la liberazione dell'alienante: la virtù di essa si dovrebbe cioè manifestare secondo il contenuto attribuitole. Ma a ciò ripugna gravemente il diritto del creditore.

Digitized by Google

A. E la volontà può validamente esplicarsi anche al fine di sostituire l'ipoteca *volontaria* all'ipoteca *legale:* il qual risultato è ben diverso dalla « riduzione » di quest'ultima (1), che sebben riferita all'estensione del credito garantito oppure a quella dei beni gravati, non cangia la natura ch'è propria all'origine dell'onere; di tal possibilità, come pure dell'azione or descritta della volontà nel costituire gli elementi essenziali al rapporto di sicurtà reale, si dirà più avanti, discutendo le questioni speciali da cui s'inferisce il risultato generale or descritto.

12. Nel determinarsi della volontà all'atto creativo dell'ipoteca, è necessario osservare il modo col quale a ciò procede, e segnalare la figura giuridica che da questa sua azione può nascere: perchè l'atto può contenere non la creazione effettiva del rapporto, sibbene l'impegno di costituirlo, ed è per questa diversità di contenuto che la *promessa di creare l'ipoteca* si differenzia come negozio giuridico per sè stante. A gran parte della dottrina è parso in materia di vendita che la promessa bilaterale di vendita (e così l' unilaterale confortata dall'accettazione) valga vendita (2), e che, a causa della consensualità del contratto, anche la dichiarazion giudiziale dell'esistenza dell'impegno possa talvolta togliere valevolmente il posto dell'accordo, constatando essa i termini dal cui incontro l'effettualità del negozio ha origine: e la giurisprudenza ha pure confermato la correttezza di questa teoria, la quale, malgrado tali testimonianze, contraddice gravemente alla legge, ed al principio generatore del negozio ch'è la volontà diretta a costituirlo. Diffatti, chi vuol promettere di contrarre una vendita vuole non la vendita ma la semplice promessa, s'impegna cioè ad un'obbligazione di *fare* (3), la cui esecuzione

(1) Su questo punto v. in seguito.

(2) Sull'art. 1589 del Cod. civ. fr. regolante la promessa di vendita, v. nel senso esposto nel testo, Larombière, op. cit., s. l'a. 1138, n. 11; Duranton, op. cit., XVI, 51; Aubry et Rau, op. cit., § 349; Colmet de Santerre, op. cit., VII, n. 10, *bis* XI; Laurent, op. cit., XXIV, 21; Guillouard, *Tr. de la vente et de l'échange* (Paris, 1890-91), I, nn. 75 e segg. Ma cfr. Toullier, op. cit., IX, 92; Marcadé, op. cit., s. l'a. 1589, n. 4; Troplong, *Comm. du t. de la vente*, 5ª ediz., Paris 1856, I, nn. 125 e segg. Nella dottrina italiana, seguono la dottrina francese prevalente, Ricci, *Corso teor. prat. di Dir. civ.* (2ª ed.), VII, nn. 101, 102; Pacifici-Mazzoni, *Della vendita* (Firenze, 1877), nn. 27, 28; Giorgi, op. cit., III, nn. 149-151; App. Torino, 9 dic. 1890, in *Giur. tor.*, 1891, 114; App. Genova, 31 ott. 1892, in *T. genov.*, 1892, 725; Cassaz. Torino, 21 maggio 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, 668.

(3) Fabro, op. cit., dec. XXII, err. IV, nn. 3-5.

Digitized by Google

nel senso di effettuare la vendita promessa, non può aver luogo senza il concorso dell'obbligato che deve dichiarare la *nuova* volontà di trasferire il dominio. La qual considerazione ben s'applica, per la generalità dei concetti da cui muove, alla questione della promessa dell'ipoteca: *promettere di creare* non è *creare*, e non si può scambiare il contenuto ed il significato di questi due movimenti volitivi, senza manomettere la ragion di essere del negozio ch'è tale qual consta sia stato voluto (1): nè s'intende con quale eleganza di costruzione si possa da molti affermare, che mentre rispetto alla vendita la promessa di vendere val vendere, invece nell'ipoteca la promessa di crearla contien soltanto una semplice obbligazione di fare, la cui inesecuzione dà origine al dovere giuridico di rendere indenne il creditore, ed all'anticipata scadenza del termine. Identici i principi da cui si deve argomentare la soluzion della questione, il risultato dev'essere pure identico: in ogni caso s'è costituita un'obbligazione di fare, nè il magistrato può autorizzare a compierla senza il concorso del debitore, perchè, come s'è già osservato, all'atto effettivo deve necessariamente concorrere la *nuova* volontà dell'obbligato (2).

La questione or discussa può diventare più grave, quando sia esaminata rispetto all'invalidità della creazion dell'ipoteca: perchè se l'atto creativo fosse invalido a causa di vizio della *forma* per cui la dichiarazione di volontà deve constare, potrebbe ben chiedersi se l'atto non esistente o annullato come creativo del rapporto, contenga tuttavia una *promessa di costituire ipoteca*, e quindi il creditore abbia diritto a chiederne la rinnovazione in modo conforme alla legge. Ora, quantunque sia vero che della creazione invalida, e perciò della costituzione illegale del rapporto, non solo il concedente abbia colpa, ma anche il creditore, il quale ben doveva conoscere la norma giuridica cui la legittima creazion dell'ipoteca è assoggettata, e quindi il vizio non abbia per effetto la decadenza dell'obbligato dal benefizio del termine accedente all'obbligazione garantita: pure, chiaro è, che nella volontà di creare è pur contenuta la volontà di promettere di creare, che anzi in quella aveva già la sua esecuzione, e perciò il creditore può ben chiedere che sia fatto validamente ciò che in modo invalido è stato già compiuto,

(1) Fabro, op. e l. cit.
(2) Ma vedi Cass. Roma, 25 nov. 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, 78.

Digitized by Google

contrariamente a ciò ch' era nell' intendimento delle parti. Ancor qui può rilevarsi la figura della *culpa in contrahendo*, nel senso che i contraenti preparandosi a compiere l'atto che deve contenere validamente la volontà loro diretta ad un determinato fine giuridico, s'impegnano a voler procedere in buona fede a quanto è all'uopo necessario: e sebbene la questione possa parere di fatto per distendersi tutta sull'indagine della volontà, perchè il *voler concedere l'ipoteca* presuppone di necessità la volontà di procedere a tal concessione, la volontà cioè di promettere e di concedere, pure la *forma* giuridica di manifestare la promessa è altra da quella accennata per la valida concessione del diritto. E la promessa induce il vincolo dell'obbligato ad effettuarla: e non effettuandola sarà egli tenuto ai danni, e alla decadenza dal benefizio del termine, per non aver conceduto le garanzie promesse (1).

A. Nè altrimenti avviene, quando l'invalidità deriva da difetto negli elementi che debbono concorrere a fin di creare validamente l'ipoteca, nel caso non s'ammetta la teoria qui già accolta, e che sarà descritta più avanti, dell'efficacia che la concessione della sicurtà reale per un credito *futuro*, oppure su di una cosa *futura*, ha di produrre la costituzione effettiva del diritto, quando il credito sarà nato, o quando la cosa sia acquistata al concedente: virtù questa che non induce l'obbligazione di rifar l'atto creativo del rapporto, perchè la volontà di crearlo è già tutta nell'atto precedentemente formato. Ma se, argomentando strettamente dalla necessità che per la creazion del diritto concorrano nel momento, in cui l'atto avviene, tutti gli elementi richiesti perchè esso esista, si volesse negare a quest'atto la virtù or descritta, chiaro è, che nella volontà deficiente come volontà di creare la sicurtà, si avrebbe la volontà di promettere di crearla.

13. La volontà di creare l'ipoteca si può determinare così da derivarne la costituzione di un negozio *unilaterale* o *bilaterale*, a seconda che, in conformità ai principî governanti la nascita del negozio giuridico, per tale avvenimento occorrano la sola volontà del dichiarante, oppure la volontà del concedente e del creditore concessionario; e se nella seconda ipotesi s'avverte figura dell'ipoteca *convenzionale*, nell'altra si rileva propriamente quella dell'ipo-

(1) Sulla teoria della *c. in contr.*, v. Chironi, *C. contratt.* (2ª ed.), pag. 100 e sgg., 162 e segg: e la notevole mon. di Melliger, *C., in contr.* Zur. 1898.

Digitized by Google

teca *testamentaria*, poichè, sebbene, come si vedrà in seguito, l'ipoteca si possa creare a garanzia del credito costituito con la forma del « titolo al portatore » (1), e quindi l'emittente abbia facoltà di annettere alla sua dichiarazione di debito anche la sicurtà reale, pure, siccome il titolo al portatore non può dirsi negozio unilaterale, così non potrà parer tale neppure il negozio accessorio di garanzia (2). Certo, s'è tentato di costruire la teoria del « titolo al portatore » (3), deducendo o dalla possibilità di dare all'atto del debitore, che creando il titolo dispone del patrimonio suo, un'importanza superiore a quella che ha nel negozio l'intervento del creditore, o asserendo in modo

---

(1) Su ciò, v. in seguito (§ 2): purchè il credito esista, è indifferente, rispetto alla possibilità giuridica di farvi accedere la garanzia ipotecaria, il ricercare *come esista*, e quindi par senz'altro giustificata la decisione esposta nel testo, e che espressamente è accolta nel Cod. civ. germ., § 1184, che all' ipoteca così costituita dà il carattere d'ipoteca di garanzia (*Sicherungshypothek*: differenziata dalle altre tre forme della *Buchhypothek*, della *Briefhypothek*, e del *Grundschuld*; v. in seg.); le difficoltà si riferiscono piuttosto al *modo* di costituzione di tal sicurtà, ma si possono sciogliere deducendo dall'entità del *titolo al portatore*, cui è fatta accedere, sebbene poi, in conseguenza di questa entità, rimangano taluni inconvenienti che il Codice civ. germ. ha tolto (§§ 1187-1189: e n. su q. §§ v. Haidlen, op. cit. p. 423 e segg.), e che l'interpretazione potrebbe egualmente dirimere.

(2) Certo, la ragione addotta nel testo si riferisce alla creazione dell' ipoteca accedente al titolo al portatore, e non afferma il concetto generale dell'impossibilità di costituirla unilateralmente quando il negozio cui si riferisce è bilaterale, per effetto del suo carattere di accessorietà; indipendentemente da questa relazione sua col credito garantito, la ricerca dev'essere condotta intorno al punto, se, per virtù del potere di disposizione spettante al proprietario sulla cosa sua, egli possa ordinarvi su la sicurtà ipotecaria con atto unilaterale. (V. tra la nota (2) a pag. seguente.

(3) Sulla teoria del titolo al portatore, v. il vol. I, pag. 110 e segg.; e in cfr. dei §§ ivi cit. del primo (§§ 685 e segg.) e del secondo progetto (§§ 722 e segg.) del Cod. civ. germ. v. in quest'ultimo i §§ 793 e segg. Certo, secondo l'ordinamento che questa legge dà al titolo al portatore, si deve ben ritenerlo come forma esprimente il concetto della « *promessa unilaterale* », per cui il solo atto della persona volto a *crearlo*, è sufficiente a dargli esistenza giuridica; ma quando pure tal concezione si voglia accogliere, così da ritenere che il *credito* esista solo perchè il debitore ha disposto del suo patrimonio creandolo, differenziandolo nell' oggetto, starà sempre l'obbiezione che l'*uscita* dal patrimonio del costituente è necessaria perchè il titolo abbia la sua vita giuridica: e pel diritto italiano, la storia dell'articolo 707, dov'è pur di necessità la storia del « titolo al portatore », dimostra che non da tal costruzione della promessa unilaterale è mosso il legislatore. Cfr. Bonelli, *Contrib. ad una teoria scientif. dei titoli di rendita*, in *Giur. ital.*, 1897, vol. XLIX, p. IV; e cons. e cfr. la monogr. di Bruschettini, *Tratt. dei titoli al portatore* (Torino, 1897).

Digitized by Google

ampio l'efficacia della volontà dichiarata di obbligarsi da sè: ma la prima costruzione lascia intatto in definitiva l'accordo delle due parti intervenienti a costituire il negozio, e l'altra, nè storicamente esatta, nè teoricamente accoglibile, ripugna poi al fatto ond'emerge la figura giuridica del « titolo al portatore ». Nè influisce su questa decisione, e a favore dell'*unilateralità* dell'atto, l'osservare che la dottrina qui accolta (1) dell'inerire nel rapporto la materialità del documento, o meglio della prevalenza di esso così da parer materializzato il rapporto stesso di credito (storicamente dimostrata con l'importanza asserita all'*instrumentum* ed alla *cartula*), esclude nella creazione del titolo l'accordo delle parti, e quindi esso e l'ipoteca che vi accede per garantirlo, siano atti *unilaterali:* pur ammettendo che la materializzazione descritta dipenda dalla volontà dell'emittente, la creazione vera effettuale del rapporto esiste per via dell'*emissione* voluta dal debitore, nè rileva se per l'entità del negozio la figura del creditore non appaia determinata da principio: essa non è perciò meno reale, e necessaria, all'esistenza del rapporto.

Per il che, la figura dell'ipoteca creata mediante negozio *unilaterale* si restringe alla *testamentaria*, e ad un altro istituto che la legge accoglie, indottavi da considerazione di pubblica utilità, e in ispecie dal fine di eccitare il sentimento della pubblica beneficenza, al concetto cioè della *fondazione* costituita per effetto dell'unica volontà del dichiarante (*fondatore*), il quale destinando una parte del suo patrimonio e dandole esistenza indipendente in vista di uno scopo definito, crea la *fondazione*, la cui pienezza di vita giuridica dipenderà poi dal riconoscimento dello Stato (2). Ora, la parte di patrimonio ch'è la dotazione dell'ente, la ragion del suo essere, può ben constare di un rapporto di debito gravante sui beni, garantito cioè dall'*ipoteca* ch'è alienazione di valore: cosicchè, per effetto della possibilità di costituire la fondazione con negozio unilaterale tra vivi

(1) V. il vol. I, *l. cit.*, t. e n.

(2) La possibilità di creare *direttamente* una fondazione è giustificata dalla legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza (L. 17 luglio 1890, a. 84) che concede di *destinare* il patrimonio, od una parte di esso, al *fine* determinato come causa impellente alla liberalità, senza necessità di ricorrere all'espediente d'imporre tal destinazione all'erede od al legatario come onere, od all'esecutore testamentario come legge del suo mandato. Alla qual costruzione si possono movere non poche difficoltà (cons. GIERKE, op. cit., p. 122 e segg.), perchè il dare (anche con la forma dal rapporto di credito) suppone una persona alla quale si dà, e

Digitized by Google

l'ipoteca contenente la distrazione di valore che vi si riferisce, può essere creata unilateralmente (1).

14. La volontà diretta a creare il negozio unilaterale o bilaterale contenente l'ipoteca, presuppone la possibilità di voler giuridicamente, ossia la *capacità:* capacità s'intende, non diretta alla creazione dell'ipoteca, chè di questa idoneità speciale si dirà più avanti, ma *generale*, valente cioè a dar origine al negozio. E distinguendo ora l'ipoteca *testamentaria* (2) dalla *convenzionale* (perchè l'ipotesi

che deve esistere; nè ripara a ciò il concepire la persona esistente pel fatto della volontà del fondatore, perchè, se a creare si richiede la dotazione (patrimonio destinato ad uno scopo), il *dare* a fine di creare, suppone già la creazione non ancora avvenuta, e quindi il difetto dell'ente. Ma a queste obbiezioni s'è risposto che la volontà di creare, e la creazione, è nella destinazione stessa del patrimonio che ben può seguire con atto unilaterale (Cod. civ. germ., § 80; e cons. l'eccellente studio di SALEILLES, *Essai d'une th. gén. d. obligat.*; Paris, 1889, pag. 146, 147); al qual risultato conducono agevolmente le teorie ricevute dai canonisti sulla persona giuridica, ritenute esistenti per via della finzione quante volte fosse chiaro il fine indipendente attribuitole, e indipendentemente da ciò, anche la possibilità economico-giuridica che il titolare (rispettando il diritto dei terzi, e dandone conoscenza) possa valevolmente destinare il patrimonio suo a seconda dei fini speciali che ha in mente. (V. su ciò il notevole studio di SALEILLES, in *Annal., de dr. comm.*, 1895, II, pag. 10 e segg.; e 1895, II, pag. 49 e segg.; 1897, II, p. 29 e segg.).

Ora s'intende che, mediante la costituzione di un diritto di credito, il fondatore può determinare il patrimonio dell'ente cui vuol dar vita, e che assicurando il rapporto di obbligazione con l'ipoteca, anche la creazione di tal garanzia è atto unilaterale.

(1) V. la n. precedente: argomentando da ciò che s'è detto sul potere di disposizione competente sul patrimonio e sulla possibilità economico-giuridica di ordinarlo a destinazioni speciali, lasciando inviolati i diritti dei terzi, si potrebbe pur asserire al titolare della cosa il potere di disporre con atto unilaterale l'ipoteca a favore di un creditore, indipendentemente da ogni accettazione di questo, e, per la natura dell'atto, senza ch'egli possa più revocarla; ma, pur lasciando da parte le critiche mosse all'accoglimento esteso della « *promessa unilaterale* » (BRINZ, op. cit., § 248, t. e n. 40 e segg.; e Cod. civ. germ., § 305), osterebbe a tal risoluzione il rapporto ch'è tra l'ipoteca ed il credito, in conseguenza dello scopo di *garantire.* Si potrebbe giungere allo stesso risultato con la teoria del *selbstcontrahiren* (V. CHIRONI, *Colpa contr.* 2ª ed., p. 438); ma pur accettando la costruzione si è fuori dal concetto di atto unilaterale, perchè nella costituzione del rapporto il titolare *rappresenterebbe* il creditore. Neppure occorre di avvertire, che l'ipoteca *offerta* dal concedente, e creata per via dell'accettazione espressa o tacita del creditore, non esiste per via di atto unilaterale, come non bene decise la Corte di app. di Catania 31 luglio 1896 (*G. ital.* 1896, I, 2, 753).

(2) La possibilità di creare l'ipotea per via di testamento non può essere contradetta: il dubbio esposto (v. la n. preced.) sulla validità di crearla per via di atto unilaterale, e dedotto dalla relazione di causalità tra l'ipoteca ed il credito, non ha qui ragion di essere, perchè col testamento ben può essere *avvantaggiata*

Digitized by Google

descritta della *fondazione* (1) non ha in ciò regola propria, e vien governata dalle norme sui negozi tra vivi e di ultima volontà), chiaro è che la capacità generale di volere dev'essere misurata in relazione alla natura del negozio che vien costituito: ossia, nella creazione dell'ipoteca, la capacità di volerla suppone nel concedente la capacità generale di volere il negozio in cui essa è contenuta, e poi quella speciale occorrente a concederla validamente: e definendo ora questa capacità iniziale, è ovvio dire, che la possibilità di concedere l'ipoteca emerge anzitutto dalla capacità di volere il negozio nel quale la concessione è ordinata.

Sarà quindi capace di concedere ipoteca per via di testamento chi ha capacità di testare, e si potrà concedere a favore di chi ha capacità di ricevere per effetto di tal mezzo: e senza difficoltà si applicano poi a questo atto le norme che la legge dà in ordine al legato di cosa propria, o dell'erede, o del legatario, o di altri, deducendone quali siano i diritti del concessionario rispetto alla cosa gravata, o rispetto alla persona cui il peso del legato fosse imposto. Perchè s'è in presenza di una disposizione testamentaria, alla quale se non precisamente l'entità del legato si conviene, pure è a questa

---

la condizione del creditore, a favore del quale la sicurtà è disposta. A parte gli argomenti dedotti dai precedenti storici (v. vol. I), v. la risoluzione conforme della Commiss. di coordinam., in Verb. 41, ud. 19 mag. 1865, n° 5 (ediz. cit.), i cui motivi di decidere sono adottati nella sent. della C. di Casale 16 dic. 1895 (*Giur. it.*, 1896, I, 2, 513), e 14 maggio 1896 (*Ib.*, 1893, I, 2, 514). Cons. la monogr. di Abello, *L'ipoteca testamentaria*, Torino, 1898.

(1) Capacità suppone necessariamente l'*esistenza* della persona, sebbene eccezionalmente in materia d'ipoteca testamentaria, la *capacità a riceverla* si debba regolare secondo le disposizioni speciali della legge su questo punto. Ciò posto, l'ipoteca costituita a favore di un corpo morale esistente soltanto in fatto, si deve dire valida, se in seguito esso venne riconosciuto quale persona giuridica? Lo afferma la sentenza della Cass. di Torino 7 ag. 1897 (*Legge*, 1897, II, 1, 589), argomentando dal noto concetto ch'esiste di già, il nucleo, il sostrato di quello che sarà persona giuridica per via del riconoscimento speciale o generale, che sia contenuto nella legge, e che *riconoscere* non è *creare;* si potrebbe anche convalidare questa costruzione con la teoria costantemente ricevuta nel diritto canonico (Vedi Giezke, op. cit., III, p. 119, segg.; 279 e segg.; Brinz, op. cit., § 438; Saleilles, monogr. cit.); e con l'ordinamento dato alle società di commercio dette *irregolari* (v. su ciò da ultimo la notevole monogr. di Bonelli in *Arch. giurid.*, 1895, v. 53, f. 4-5); ma certo è che la storia della legge civile italiana intorno la persona giuridica resiste e questa teoria della *corporazione* esistente per via della volontà della persona. Difficoltà superabile, estendendo all'argomento la disposizione degli art. 762, 724 Cod. civ. sulla capacità dei concepiti.

Digitized by Google

figura che si deve ricorrere per determinarne l'apparenza: è volontà manifestata, contenuta nel testamento, e che senza di esso non potrebbe avere esistenza giuridica, pel divieto che di regola impedisce di concedere ipoteca con atto unilaterale, se non per via di negozio d'ultima volontà: cosicchè, invalidato il testamento, dovrebbe pur cadere la concessione dell'ipoteca (a differenza p. es. della ricognizione di debito, che sebbene contenuta nel testamento, non da questo come tale trae vita), nè varrebbe almeno qual promessa fatta direttamente dal testatore rispetto a cosa propria, e indipendente dall'atto viziato, dovendo succedere l'accettazione della promessa in tempo non valido, morto cioè il promittente: nè la promessa unilaterale avrebbe valore. Si ha dunque una disposizione testamentaria propria, che del testamento è cioè parte, e perciò le norme sui legati varranno a determinarne l'entità: il fatto del concedere la sicurtà per un credito, di alienare cioè il valore o parte del valore contenuto in una certa cosa a fin di garantire un rapporto di obbligazione, induce se non una vera e propria liberalità, un vantaggio.

Che ciò sia, apparirà di leggieri a chi consideri come la liberalità in senso stretto, proprio, esige la diminuzione del patrimonio del disponente in aumento al patrimonio del gratificato, nè rileva che talvolta l'onore imposto al beneficio impedisca che l'arricchimento si effettui in egual proporzione di quanto la diminuzione è avvenuta: nella specie, il creditore pel fatto dell'avere la sicurtà, non aumenta l'entità del credito ch'è già nel suo patrimonio come rapporto di obbligazione, e per conseguenza non acquista un valore nuovo, una vera e propria liberalità: ma certo, se non ottiene altro o di più della cosa che aveva di già, acquista la certezza od una maggiore certezza di ottenere il valore corrispondente al credito, il quale da *vero* ch'era, diventa così *buono* per esserne assicurata l'esigibilità reale. Il creditore ottiene dunque un vantaggio al quale non aveva diritto, e ciò pel solo fatto del testatore, e a questo aumento di probabilità che il credito contenuto nell'obbligazione diventi una realtà patrimoniale, si può convenire, senza violarne il significato, la qualifica di liberalità intesa in senso generico: vantaggio, liberalità, più o meno ampia a seconda della persona onerata del debito per la cui sicurtà è ordinata l'ipoteca, o della persona sulla cui cosa questa vien consentita. Perchè se il testatore è pur debitore personale dell'obbligazione a cui garanzia ordina la sicurtà reale, non si può dire

Digitized by Google

ch'egli dia al creditore assai più di quel che gli è dovuto, e solo afferma meglio rispetto ai beni componenti il patrimonio suo, il peso che in questo è già contenuto in genere per via del debito: la qual realtà i creditori potrebbero pur ottenere, valendosi del diritto di chiedere la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede. Invece è più rilevato il carattere della liberalità, genericamente intesa, quando il testatore abbia ordinato l'ipoteca su cosa dell'erede o del legatario, o di un terzo, ottenendo con ciò il creditore una sicurtà che, specialmente in quest'ultimo caso (cosa propria del legatario, o di un terzo) non si riferiva in alcun modo al suo rapporto di credito così garantito: e per la stessa considerazione, è spiccato tal carattere dell'atto, anche nel caso che il testatore ordini l'ipoteca su cosa sua o dell'erede; o di un terzo, pel debito altrui.

Nella qual'ultima ipotesi, se, come per le altre, non si può dire che il testatore abbia fatto a favor del *creditore* una liberalità vera, propria, per il che gli istituti della collazione, dell'imputazione e della riduzione non vi hanno applicazione veruna: invece, rispetto al *terzo* pel quale la sicurtà reale è consentita, può occorrere la figura della liberalità vera e propria, il che avviene quando questa si presentasse così fin da principio, se fosse cioè ordinata come legato di liberazione per via della rinuncia del testatore all'azione di regresso spettantegli nel caso che il creditore ottenesse il soddisfacimento del suo credito procedendo sulla cosa onerata. Quando poi questo fatto fosse seguito senza il concorso della rinuncia descritta, il terzo sarebbe debitore dell'eredità, e secondo la posizione sua rispetto a questa potrebbe pure aver luogo l'imputazione del pagamento: indipendentemente poi dal «pagamento» (totale o parziale) avvenuto mediante l'esecuzione reale, il solo ordinamento del testatore relativo alla concessione della sicurtà reale, induce una «liberalità» la cui estensione, per potervisi applicare gli istituti or descritti, dev'essere determinata in proporzione della maggiore o migliore fiducia che per essa si accrebbe nel creditore a favor del debitore onerato (1).

B. Una difficoltà, apparentemente grave, può occorrere rispetto al modo col quale il creditore deve procedere a fin di ottenere il vantaggio liberalmente concessogli: perchè in qualità di legatario è ob-

(1) Dato il concetto della *liberalità*, o del semplice *vantaggio*, le risoluzioni esposte nel testo non abbisognano di ulteriore dichiarazione. V. il vol. I, pag. 552 e segg., t. e n.

Digitized by Google

bligato dalla legge a domandare all'erede il possesso della cosa su cui la liberalità è ordinata, e parrebbe quindi ch'egli non possa procedere alla costituzion dell' ipoteca senza un atto dell' erede, che il possesso gli attribuisca. I quali termini appalesano con l'incertezza loro la poca correttezza della difficoltà cui accennano: che il legatario debba chiedere all'erede il possesso della cosa (1) è norma derivante dalla ragion del trapasso che avvien di diritto nell'erede rispetto alle cose ereditarie, dal concetto cioè della rappresentanza, della continuazione nell'erede della persona del *de cuius*, sebbene storicamente la causa prima dell'istituto si possa rinvenire in provvedimenti d'ordine fiscale, e nei temperamenti che la giurisprudenza civile potè indurvi con le sue costruzioni intorno il diritto d'erede. Ora, seguendo la teoria, pressochè generale, che insegna non essere la ragione ipotecaria oggetto idoneo di *possesso*, perchè il creditore l' acquista indipendentemente dal possedere la cosa onerata, e pensando che il rapporto di sicurtà esiste per l'iscrizione, si potrebbe affermare che il legatario dell' ipoteca non ha bisogno di ottenere dall'erede un possesso, che secondo la natura del diritto di sicurtà, non gli deve nè gli può competere: onde la facoltà sua di procedere senz' altro alla costituzion dell' ipoteca mediante l'iscrizione. La qual decisione si fonda su di una costruzione che non è ora il momento di scrutare, e cioè l' impossibilità di possedere il diritto d'ipoteca: ma senza pregiudicar qui l'indagine di un punto così delicato, si può giustificarla eliminando questa ragion di costruire, ed osservando che il legatario ha direttamente dal testatore il *diritto* contenuto nella liberalità, e quindi può ben far un atto che si riferisca all'esistenza di esso senza chiederne la concessione all'erede. Nel legato di ipoteca, il legatario inscrivendola si vale del diritto che ripete dal testamento, nè chiede il possesso di cosa alcuna: l' atto suo si riferisce direttamente, principalmente, all'esistenza del rapporto creato dalla liberalità del testatore.

15. Nella creazione dell'ipoteca per via di negozio bilaterale, la capacità delle parti contraenti vien determinata dalle norme generali che regolano la materia delle convenzioni: e sarà dunque valevolmente costituito il contratto inducente questo rapporto di sicurtà reale, se le persone che vi concorsero avevano la capacità di *volere*,

(1) Cod. civ., a. 863.

Digitized by Google

e però di consentire la convenzione stipulata. Cosicchè s'intenderà di leggieri, che le persone *incapaci legalmente* di volere per difetto di età, o per difetto di mente, e non responsabili di *dolo in contrahendo* (1), non possono partecipare valevolmente alla convenzione con la quale si volesse creare un'ipoteca: non perchè manchi ad esse il necessario potere di disporre della cosa onerata, chè questo è altro requisito di cui si dirà più avanti: ma pel difetto di *volere* ch'è l'essenziale sostrato di ogni negozio giuridico.

E oltre le due figure d'incapacità descritte (dei minori emancipati o validamente autorizzati al commercio, e degli inabilitati si dirà in seguito, esaminando la « *capacità di disporre* » occorrente in chi concede l'ipoteca), i principî generali sulla capacità insegnano, che la convenzione cui avesse consentito chi nell'atto di volere fosse affetto da vizio permanente o transitorio, di mente (2) non regge: e la dimostrazione di tal fatto dà origine all'*inesistenza* del negozio, e perciò all'inutile creazione del diritto d'ipoteca; opponibile dal concedente che non fosse in *colpa* (non avesse cioè occultato dolosamente il suo stato, e anche dal concessionario cui nella formazion del negozio non fosse imputabile veruna *c. in contrahendo.*

16. Il vizio di mente o il difetto di età si possono riferire non alla persona propria del concedente, bensì al terzo ch'egli avesse costituito in suo rappresentante per la creazion dell'ipoteca: ancor qui i principî generali rispetto alla capacità dànno i criteri occorrenti a risolvere la questione, perchè sebben sia vero che, giusta l'entità della rappresentanza, nella persona del rappresentante opera il rappresentato, e la volontà che quello ha e manifesta si deve intendere come avuta e manifestata da quest'ultimo: pure, del difetto di capacità personale del rappresentante il rappresentato non può avvantaggiarsi, opponendolo quasi fosse suo proprio, dal momento che l'aver posto altri che agisce per lui, è fatto suo. La *scelta* è avvenimento estraneo al negozio in cui l'altro contraente ha parte, e si riferisce soltanto al rappresentato che poteva o doveva conoscere la condizione della persona per mezzo della quale

(1) Cod. civ., a. 1305. V. Chironi, *Colpa contratt.*, II[a] ed., p. 100 e segg.; 162 e segg.

(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

si proponeva di entrare in relazione giuridica con altri: la responsabilità supplisce qui la volontà, e il vizio che infirma la capacità del rappresentante non fa dunque che l'atto volitivo suo non sia tenuto per valido rimpetto al rappresentato, purchè all'altro contraente, adoperando la necessaria *dil. in contrahendo* non fosse stato possibile di conoscere la condizione del rappresentante (1). Il solo caso in cui del vizio di mente di quest'ultimo il rappresentato non deve sopportare le conseguenze, avvien quando si fosse manifestato in tale circostanza di tempo e di luogo da doversi ragionevolmente ritenere ch' egli non poteva supporne nonchè la probabilità, neppure la possibilità: si potrebbe osservare, argomentando dal concetto posto a fondamento della responsabilità sua, che escluso il criterio della *culpa in eligendo*, la riserva esposta non è più giustificabile, perchè a questo *fatto interno* del rapporto di rappresentanza (2) il rappresentato avrebbe potuto o dovuto pensare: ma basterà osservare, che il fatto ond'è derivato il vizio di mente è seguito in circostanze così estranee a lui, da rimanerne nettamente rilevata la figura del *caso fortuito*.

17. Come i concetti generali sulla capacità di volere determinano la validità o l'invalidità del negozio bilaterale contenente la creazione dell' ipoteca, così fissano pure la regola governante la sanatoria dell'atto che fosse colpito non da inesistenza, ma da semplice annullabilità: il vizio d' origine può essere tolto da qualcuno dei mezzi di convalidazione successiva conceduti dalla legge, compiuto che sia valevolmente dalla persona a favor della quale esistesse la ragion dell' annullamento. Non è qui luogo opportuno a descriverli, e dire in ispecie della prescrizione e della conferma (3): ri-

---

(1) Su queste affermazioni, v. il rinvio fatto nella n. preced.

(2) V. *c. in contr.*, Chironi, op. cit., pag. cit.

(3) La questione dell'effetto retroattivo della conferma data al titolo col quale invalidamente è stata creata l'ipoteca, è discussa ampiamente nel testo; qui giova esaminare le difficoltà per ciò che ha tratto alla prescrizione. La massima parte dei dottori che dichiarano la legge civile francese, è venuta nell' avviso, che la prescrizione statuita qual mezzo sanatorio di certe nullità degli atti (C. civ. fr. a. 1304; C. civ. it. a 1300), deve esercitare la sua virtù retroattiva secondo avviene dell'usucapione, perchè come questa rimpetto a tutti determina l'esistenza del diritto dal momento in cui cominciò, anche l'estintiva sanando la nullità, dichiara la realtà valida del negozio cui si riferisce. (Cons. Duranton, op. cit., XIX, 345; Troplong, op. cit., II, 502; Pont, op. cit., II, 616; Thézard, op. cit., n. 56; cfr. Battur, op. cit. I, n. 128). E la soluzione non potrebbe essere contradetta, perchè,

Digitized by Google

spetto a quest' ultima (1), rimettendo allo studio sull' entità della « iscrizione » l' indagare se induca sanatoria il compimento di tal formalità dopo cessata l'incapacità di chi era incapace all'atto della creazione del rapporto, occorre ora di ricercarne l' effetto: se cioè operi retroattivamente, e se la retroattività esista soltanto tra le parti, oppure rimpetto ai terzi ai quali nell'intervallo tra la capacità acquistata o riacquistata, e la conferma (ratifica, *lato sensu*), il concedente avesse consentito un' ipoteca (o altro diritto reale) sulla cosa già onerata con l'atto poi confermato.

---

nonostante i dubbi che si hanno sulla propria entità del tempo inducente qui la *sanatoria* di un atto sorto invalidamente, è certo che vi è intera la figura di una breve prescrizione, che, come la prescrizione in genere, ha la caratteristica di provvedimento di ordine pubblico: quindi il suo compimento sana la nullità, e l' ipoteca consentita dopo cessata la ragion d'incapacità, e prima che sia avvenuto il decorso del termine, *dovrebbe cedere* di fronte a quella ch' è stata costituita per via del titolo invalido e poi sanato. La decisione, come si vede, deriva tutta dal separare affatto la figura della *conferma* da questa della *prescrizione quinquennale*, che non attinge il suo valore da una presunzione di volontà tacita di confermare l' atto invalido.

Si è detto *dovrebbe cedere*, perchè, se giusta la legge francese *cede* in realtà, sceondo la legge italiana ciò non avviene: il decorso della prescrizione quinquennale lascia inalterato il diritto di far valere come *eccezione* la nullità che si poteva far valere per via di azione (*temporalia ad agendum*, *perpetua ad excipiendum*), e quest'eccezione che non è punto personale a chi può valersene, ben può essere eccepita dal titolare del diritto d'ipoteca posteriormente creato. Nel fatto di questa creazione, è contenuto il diritto dell' acquirente a valersi di quei mezzi che il concedente potrebbe valevolmente esperire a *garantire* la concessione avvenuta.

(1) Il rinvio ha la sua ragione in ciò: che, secondo occorse già di avvertire, la ricerca sul carattere dell'*iscrizione* è fondamentale, consistendo nel modo di determinare la separazione tra i due momenti che sono la *creazione* e la *costituzione* dell' ipoteca; cosicchè, è dal concetto che si esporrà su questo punto, che si dovrà inferire il valore della ratifica data all'atto creativo. Ma rimpetto ai terzi, il cui diritto si acquista per via della costituzione, e si forma dinanzi alla costituzione precedente, il rinvio non era giustificato: e per questa parte la difficoltà è esaminata e risoluta ora.

Nè occorre di avvertire, che la questione è proposta rimpetto ai terzi che avessero acquistato il diritto d' ipoteca prima della ratifica o conferma manifesta; per quelli che ne avessero fatto acquisto posteriormente la questione non può sorgere, perchè la ratifica ha di già consolidato il diritto nascente dall'atto cui si riferisce (Aubry et Rau, op. cit., § 266; Laurent, op. cit., XVIII, n. 667; XXXI, n. 61; v. Cassaz. fr. 13 dic. 1875, in *J. de Sir.* 1876, I, 273; e cfr. Pont, op. c., l. cit., che senza buon fondamento giuridico insegna la necessità che la conferma sia ricordata nell'atto d'iscrizione).

Digitized by Google

Della qual difficoltà, che specialmente si presenta nell'esame dell'altro aspetto della *capacità*, di quella particolare cioè alla creazion dell'ipoteca, ossia la *capacità di di sporre della cosa*, si pensò di dare soluzione corretta introducendo nella questione un nuovo elemento, ch'è l'obbligazion garantita: si disse che l'indagine della validità dovrebbe cominciar da quest'ultima, e quando fosse viziata per invalidità, la conferma posteriore dell'atto creativo d'ipoteca non potrebbe retroagire così, da ledere i diritti che nell'intervallo i terzi avessero ottenuto dal concedente (1). Nè la costruzione manca, in apparenza almeno, di giustificabilità: per essa, il vizio dell'obbligazione garantita si ripercote sulla creazione della sicurtà (e di ciò si discuterà in seguito, ricercando la forma della dichiarazion di volere nella concessione d'ipoteca), nè la conferma di quest'ultima può indurre necessariamente la volontà di toglierlo, e d'altra parte, i terzi hanno poi diritto a che la loro buona fede sia favorevolmente considerata; ma non s'avverte che conducendo la decisione su questi termini, non si esamina la validità della creazion dell'ipoteca per sè, bensì in relazione alla validità od invalidità dell'obbligazione garantita, non si bada cioè all'indipendenza giuridica dei due negozî (2). Delle altre teorie, una asserisce la retroattività della conferma così da rimanerne infirmate le concessioni d'ipoteca (o di diritti reali di godimento) avvenute nell'intervallo, riferendosi la volontà di confermare (e quindi non volontà *nuova*) alla volontà già manifestata a fin di costituire un negozio, esistente sebbene affetto da vizio (3); l'altra invece insegna la non retroattività, argomentando dalla lettera stessa della legge disponente sugli effetti della con-

---

(1) Questa teoria argomenta dal fine dell'ipoteca, ch'è la sicurtà del rapporto personale cui aderisce, e quindi dal carattere di *dipendenza* (accessorietà) che il diritto reale di garanzia avrebbe rimpetto all'obbligazione assicurata (Duranton, op. cit., XIX, 344 e segg.). Ma chiaro è che, malgrado questa relazione intercedente tra i due rapporti, e ch'è costituita dallo *scopo* economico-giuridico della sicurtà reale, nella loro determinazione giuridica essi procedono in modo indipendente pei termini speciali all'esistenza di ognuno (V. il vol. I, cap. I. cit.).

(2) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, n. 1336.

(3) S'intende, trattandosi di retroattività rimpetto ai terzi, che la retroattività dell'efficacia validatoria sta, se l'*ipoteca* è stata costituita regolarmente (inscritta) in virtù del titolo sanato. Così Merlin, op. cit. V. *Hypoth.* § 4, n. 6 e segg.; Aubry et Rau, op. cit., § cit., n. 31; Troplong, op. cit., II, 487; Pont, op. cit., 616; Gillard, op. cit., 169.

Digitized by Google

ferma (1), e perchè la concessione di diritti reali voluta dalla persona capace dopo cessata la causa dell'incapacità, include l'intendimento di garantire questi concessionari, facendo salva la ragion di annullamento del negozio anteriore invalidamente posto in essere.

Le due teorie descritte accusano non lievi difetti di costruzione: la prima non risponde alla lettera della legge (2), ed alla buona fede che si presume abbia presieduto al negozio costituito, dovendosi supporre che non sia stata intenzione del concedente che avesse conoscenza del vizio, di toglierlo in seguito, a fin di rendere inutile il negozio attualmente voluto: la seconda non chiarisce questo punto con la determinatezza necessaria, nè della retroattività così ristretta dà la dichiarazione netta, decisa. La quale dev'essere appunto dedotta dall'indagine or descritta della volontà rispetto agli effetti della conferma, e della buona fede di entrambe le parti o del concedente rispetto alla concessione dei diritti consentiti nell'intervallo; come si può volere la ratifica con espressa limitazione dell'efficacia retroattiva che altrimenti le sarebbe naturale, così la considerazione della buona fede di cui s'è or fatto cenno, induce la tacita volontà di sommettere la possibilità di una ratifica ulteriore all'esistenza dei diritti reali conceduti nell'intervallo: altrimenti si dovrebbe presumere, contro ragione e in offesa alla legge, che s'è inteso di crearli col pericolo di possibile annullamento, dipendente al tutto dall'arbitrio del concedente: considerazione questa, che in termini più lati giustifica la teoria di diritto comune sulla non retroattività della condizione risolutiva potestativa (3).

---

(1) C. civ. a. 1309, al. 2. Cons. Marcadé, op. cit. s. l'a. 1338, n. 5; Massé e Vergé s. Zachariae, op. cit., § 586, t. e n. 28, 29; Demolombe, op. cit., Contr. VI, n. 797 e segg. Laurent, op. cit., XVIII, n. 664; Larombière, op. cit. s. l'a. 1338, n. 53; Grenier, op. cit., n. 42; Battur, op. cit., I, n. 160; Thèzard, op. cit., n. 56; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1337; App. Montpellier, 6 genn. 1866, in *J. de Sir.*, 1866, 2, 580.

(2) C. civ., a. 1309, al. 2, cit.

(3) Salgad., op. cit., c. XX, n. 3 e segg.; Zanchius, op. cit., ex. II, § 6, n. 167 (senza discutere ora la questione della retroattività in genere della condizione avverata, risoluta espressamente dalla legge civile italiana, C. civ., a., 1170, cfr. C. civ. germ., § 158 coordin. col § seguente: v. Haidlen, op. cit. su q. §§). La costruzione proposta nel testo risponde al concetto fondamentale della buona fede e quindi della colpa *in contrahendo* (v. su ciò Chironi, *C. contratt.*, loc. cit.), e si concilia col disposto della legge intorno la retroattività della condizione verificata, argomentando dalla volontà necessariamente presunta di *non conva-*

Digitized by Google

18. La capacità speciale ch' è necessaria a fin di potere validamente concedere l'ipoteca, è quella di *disporre* della cosa sulla quale si vuol creare l'onere reale: principio che si giustifica agevolmente, sol che si avverta all'entità del diritto, dove si contiene l'*alienazione* non della cosa, bensì del valore ch'è in essa: cosicchè, come pel trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento occorre che il costituente possa *disporre* della cosa cui il negozio si riferisce, la concessione dell'ipoteca esige il medesimo requisito, perchè assoggettando la cosa ad un peso risolventesi nell'alienazion del suo valore, si dispone di essa, e l'atto di disposizione esige nel soggetto la capacità di poterlo compiere. La qual capacità suppone evidentemente un altro fatto, che cioè il soggetto cui si riferisce sia titolare del diritto che assoggetta a sicurtà, perchè sarebbe inutile dire e indagare di tal capacità, s'egli non *può disporre* della cosa per non averla nel potere giuridico suo: e in relazione a questi due aspetti sarà ora esaminato il requisito indicato, e cioè, *a*) che il concedente abbia sulla cosa che vuol onerare dell'ipoteca, il diritto attuale di disporne; *b*) che abbia la *capacità* di esercitare questo diritto consentendo il diritto reale di sicurtà.

A) La necessità che il concedente l'ipoteca sia attualmente proprietario della cosa, è disposizione legale che risponde all'entità del rapporto che s'intende di creare: il quale contiene, secondo s'è detto, l'alienazione del valore ch'è nella cosa onerata, compiuta con la figura di *peso* a fin di sicurtà: cosicchè il negozio si riferisce direttamente, immediatamente alla *cosa*, e alla concessione del diritto che su di essa vien fatta al creditore risponde, non lo smembramento del diritto del concedente, bensì la diminuita estensione del potere spettantegli sulla cosa gravata. Per il che apparisce nettamente la necessità che a raggiungere lo scopo economico ed il

---

lidare, di rinunziare cioè al diritto di ratificare: il convalidante, avendo disposto anteriormente della cosa, non ha più rispetto a questa, nel tempo della ratifica, la sicurezza del diritto occorrente per la sanatoria.

Vero è che dal concetto proposto della buona fede e della colpa *in contrahendo*, parrebbe doversi venire a questo risultato: che il nuovo concessionario conoscendo la concessione anteriore e l'invalidità sua, sa o dovrebbe sapere la possibilità della sanatoria, e quindi non deve lagnarsi se questa poi avverrà. Ma la buona fede dev'essere intesa nel senso suo giusto, e corrispondente alla volontà delle parti; che cioè, la pienezza dell'invalidità infirmante la concessione anteriore induce per via della seria volontà di costituire efficacemente il nuovo rapporto, l'intendimento di rinunziare alla conferma che tolga quel vizio.

Digitized by Google

fine giuridico dell'atto, il concedente, nel momento in cui lo compie, sia titolare del diritto sul quale la sicurtà è creata: concetto questo non soltanto suggerito ma imposto dall'entità stessa del negozio, ed affermato nella legge odierna, e nei fonti della legge romana. E fatto il confronto dell'ipoteca con la vendita, si rinviene dagli interpreti una differenza grave tra i due negozi, nel senso che i testi consentirebbero la possibilità di vendere la cosa altrui, mentre soltanto la cosa attualmente propria può essere gravata di pegno: e che nel diritto civile odierno, mentre la vendita di cosa altrui è soltanto annullabile, invece l'ipoteca conceduta su cosa non propria è al tutto inesistente.

Le quali osservazioni accusano un'incertezza non lieve nel costruire l'entità dell'*ipoteca* in relazione alla *vendita,* e altra incertezza non meno grave, nell'intendere come storicamente s'è svolta così la natura giuridica della *vendita* come il concetto più ampio di *causa* nei negozi bilaterali. La nozione più antica della *vendita* fa coincidere nel medesimo punto lo scopo economico del negozio (*acquisto effettivo della cosa, trasferimento immediato della proprietà — acquisto del prezzo corrispondente*) col fine giuridico (*obbligazione di trasferire — obbligazione di pagare il prezzo convenuto*), e l'entità sua è di *trasferimento,* e più ancora di *commutazione immediata* della cosa col prezzo, e ben s'intende perchè il venditore dovesse avere la proprietà della cosa onde la *datio* attingesse l'efficacia giuridica sua, e come la garanzia contro l'evizione desse materia ad una stipulazione accessoria, estranea all'entità del negozio principale: più tardi, il fine giuridico (coesistenza di obbligazioni corrispettive) si separò dallo scopo economico, e quindi la figura della vendita non indusse per sè il trasferimento, ma l'*obbligazione* di trasferire e di garantire il trasferimento compiuto; nè altra apparirà l'entità sua nel diritto odierno, a chi pensi le successive mutazioni rispetto al modo di eseguire la *traditio* occorrente alla traslazione del dominio, e che facilitata assai con la clausola del *constitutum,* diventò addirittura fittizia con la clausola *dell'investitura e dell'acquisto* del possesso (1) inserta nell'atto, cosicchè parve conseguenza necessaria la possibilità di com-

(1) Su questi punti v. Brunner, *Zur Gesch. d. römisch. u. germanisch. Urkunde*, cit., I, p. 91; e v. specialmente Domat, op. cit. I, l. 1, tit. 2, sez. 2, n. 8; e Chironi, *C. contratt.* cit., pag. 560 e segg. e Aut. ivi cit.

Digitized by Google

pierla col solo consenso. Or badisi: non è che all' esistenza della *vendita* occorra il trasferimento effettivo della proprietà, e quindi non possa darsi validamente vendita di cosa altrui: lo svolgimento storico accennato dimostra che pel modo col quale si effettuava da ultimo la *tradizione,* questa potè coincidere col momento stesso della *vendita:* ma i due fatti giuridici non si confondevano così da doversi dire che nella *vendita* entrava la *datio* effettiva, come s'è osservato nella nozione primitiva del negozio: rimasero e rimangono distinti in ciò che il consenso relativo alla vendita fa sorgere l'*obbligazione* di vendere, ed effettua pure il *trasferimento* del diritto venduto quando concorrano gli elementi abili a compierlo giuridicamente: ond'è, che se in mancanza di alcuno di questi (p. es. proprietà della cosa nel venditore) il trasferimento non è effettuato, non perciò cade nel nulla la vendita come obbligazione, creata in virtù del fine giuridico descritto. Quindi quella possibilità di risolverla, ch'è l'influenza dello scopo economico contrastante alla pura astrazione del fine giuridico.

Altrimenti avveniva, e, secondo i più, ancor avviene per l'ipoteca, nella cui entità mal si può distinguere l'obbligazione d'ipotecare dalla creazione effettiva del rapporto: si potrebbe dire, che la volontà delle parti intende qui all'acquisto effettuale, immediato del diritto, che la legge ha fatto di tale intendimento un requisito essenziale alla nascita di esso: e meglio si potrebbe osservare, che giusta lo sviluppo avvenuto(1) nel concetto di sicurtà reale, l'ipoteca a differenza del pegno non esigeva la *consegna* della cosa, e quindi nessuna *q. traditio* essendo necessaria per la costituzion dell' onere, il solo patto, il solo consenso era sufficiente a crearla. Qui è tutta la ragion della legge antica sulla virtù efficiente del *patto:* diversamente da ciò che seguiva rispetto alla vendita, per essersi eliminato il requisito della consegna, col patto si compieva il negozio della costituzion dell'onere: onde la necessità, che nel momento in cui tal effetto si doveva produrre, concorressero i termini ch'erano valevoli all'uopo, e principalmente quello fondamentale che il concedente fosse proprietario della cosa o titolare del diritto onerato, a quella guisa che oggidì parrebbe doversi insegnare in materia di vendita, che,

(1) V. vol. I, cap. I.

Digitized by Google

per il trasferirsi della proprietà col solo consenso, richiederebbe la qualità di proprietario nel venditore (1) al momento dell'atto.

19. E argomentando da questo criterio d'indole generale, che la concessione del diritto d'ipoteca esige nel concedente tal potere sulla cosa onerata da poterla consentire validamente, parrebbe giustificata la dottrina che vuole sia il concedente *proprietario* della cosa o titolare del diritto sottoposto a sicurtà: dal che poi si vuol inferire l'*inesistenza* dell'atto compiuto senza il concorso di un termine così fondamentale alla creazione sua. Ma non s'avverte che la deduzione contraddice manifestamente al nuovo organismo che nella legge odierna ha l'ipoteca, la quale non esiste più per la semplice virtù del consenso, bensì pel compimento di una formalità speciale ch'è l'*iscrizione* di essa, curata da un pubblico ufficiale cui spetta la cura dei libri in cui s'effettua; certo, di questo carattere che or viene attribuito all'*iscrizione* si può assai dubitare (2), e del dubbio si dirà largamente innanzi: pure, non par che si erri asserendo all'*iscrizione* la virtù che nel diritto antico spettava alla *traditio* e che nell'odierno spetta al *consenso* riferentisi al compimento (simbolico?) della vendita. E non importa si dica, e in buona corrispondenza ad alcune norme di legge, che *l'iscrizione* è formalità diretta a *conservare* il diritto d'ipoteca, onde la teoria ben discutibile, che in armonia all'istituto della *trascrizione*, sia essa richiesta piuttosto di fronte ai terzi interessati; lo si dica pure *atto conservativo:* ciò non vieta che il sistema ipotecario pel criterio della *pubblicità* che vi domina, contenga un processo nel quale riappare la diversità di atti occorrenti nel diritto antico rispetto alla vendita in opposizione alla consensualità dell'ipoteca, e che si ha in quelle legislazioni odierne che, mediante l'istituto dei libri fondiari, applicano estesamente il concetto della *pubblicità* nel trasferimento e nella costituzione dei diritti reali (3).

---

(1) Cons. Duranton, op. cit., XVI, n. 179; Toullier, op. cit. VI, 131 e segg., Marcadé, op. cit., s. l'a. 1592, n. 1; Colmet de Santerre, op. cit., VII, 28 *bis*, III e segg.; Laurent, op. cit., XXIV, n. 100 e segg.; Duvergier, *Vente*, cit., I, 219 e segg.; Guillouard, *Tr. de la Vente*, cit., I, 176 e segg. V. il vol. I di questa monogr., p. 518, t. e n.

(2) Sull'entità dell'iscrizione, v. in seg.

(3) V. il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

Ciò posto, se la costituzione effettiva del rapporto d'ipoteca dipende dall'*iscrizione* regolarmente fattane, e il negozio (unilaterale o bilaterale) diretto a concederla vale soltanto a *crearla*, ad autorizzare cioè che si proceda all'iscrizione per cui essa dovrà legalmente sorgere: chiaro è, che la teoria della necessità sia il concedente al momento del negozio titolare di un potere sulla cosa per cui abbia diritto di consentirvi, non dev'essere intesa in modo da inferirne l'inesistenza dell'atto compiuto senza che tal requisito avesse l'integrità necessaria. Perchè se il negozio creativo dell' ipoteca, autorizzante cioè a costituirla mediante l'iscrizione, fosse difettoso per questo lato, la costituzione avrebbe pur egual vizio: ma se in conseguenza dell'obbligazione di concedere, di creare l'ipoteca contenuta necessariamente nel negozio invalidabile (non della semplice *promessa* di concedere, chè altra è la volontà nei due negozi), nell' intervallo tra la *concessione (creazione)* e la *costituzione* del rapporto la ragion del vizio venisse meno, l' invalidità della *costituzione* effettiva sparirebbe, per essersi proceduto all' iscrizione della sicurtà su cosa esistente in quel momento nel potere del concedente.

Cosicchè, le considerazioni ora esposte e condotte sullo sviluppo storico dei concetti che dàn ragione delle forme pertinenti al trasferimento della proprietà ed alla creazione dell'ipoteca, dimostrano come il negozio volto alla concessione di questo rapporto, e difettoso per mancanza nel concedente del potere di procedervi, sia soltanto *annullabile*, non inesistente: attalchè se questo requisito non concorrente all'istante della concessione, si avesse più tardi, prima cioè dell'iscrizione, l'invalidità cesserebbe al tutto (1). La differenza che

(1) Di questo concetto che in seguito riapparirà più volte, per la importanza sua fondamentale nella costruzione proposta, è necessario siano bene intesi gli elementi ed i limiti. Certo, con la maestria a lui propria, JHERING, *Geist* cit., IV, § 63, dimostrò come nel diritto nuovo, diversamente da quel che avveniva nell'antico, venuta meno rispetto alla costituzione dell'atto giuridico la necessità che in unità di tempo e di luogo concorressero i termini occorrenti a formarla, l'atto stesse e spiegasse la virtù sua quando questi elementi s'acquistassero in seguito, onde la possibilità così di disporre di cose future, come della ratifica; ma questi risultati ben s'accordano alla dottrina qui difesa. Perchè, attribuita alla *volontà* l'efficacia di svolgersi « *anticipatamente* » su cose fuori del potere attuale dell'obbligato e di riflettersi retroattivamente su di atti compiuti, ben s'intende la possibilità di separare, come si è proposto, la parte del negozio contenente l'*obbligazione* da quella riferentesi alla *dazione* effettiva: la volontà può agire nel modo descritto rispetto alla prima, non alla seconda. Nè a ciò faccia ostacolo l'avvertire, che questo secondo

Digitized by Google

separa l'insegnamento qui proposto dalla dottrina comunemente accolta, consiste dunque nel fissare il momento nel quale i requisiti occorrenti all'esistenza del rapporto d'ipoteca debbono trovarsi riuniti: se diversamente da ciò che avveniva nel diritto antico, non la concessione ma l'*iscrizione* è l'atto essenziale che dà nascita al diritto d'ipoteca, è nell'istante in cui essa è compiuta che occorre sia il concedente in tal rapporto verso la cosa onerata da poter consentire un peso che menoma l'estensione del diritto suo. E come per questa capacità speciale, così rispetto alla capacità generale di volere, e ch'è stata di già descritta, la separazione tra i due momenti della *creazione* e della *costituzione* del rapporto di sicurtà influisce assai nel determinare la sanatoria dell'invalidità derivante da incapacità del concedente: il quale, se dopo acquistata o riacquistata nell'intervallo tra i due tempi la necessaria capacità di volere, *chiedesse l'iscrizione* o *concorresse a chiederla,* confermerebbe con ciò il negozio viziato; del che si dirà più innanzi, studiando la *forma* della dichiarazione di volontà diretta a costituire o confermare il negozio creativo dell'ipoteca.

Nei termini or descritti dev'essere dunque contenuto il requisito che il concedente l'ipoteca abbia sulla cosa onerata tal potere per cui abbia diritto di consentirvi: e questo potere può assumere la consistenza giuridica,

a) di diritto di *proprietà;*
b) di diritto di *usufrutto;*
c) di diritto d'*enfiteusi;*
d) di diritto di *superficie*: e qui occorrono difficoltà non lievi,

---

momento si compenetra nel primo, formando essi nel loro insieme l'atto di disposizione: nel diritto odierno le forme statuite a fin di dare all'atto la « *pubblicità* » si riducono (una riserva può essere fatta per la trascrizione, e di questa si dirà in seguito) ad un vero ordinamento sul *modo di acquisto*, e però s'intende la separazione che rispetto alla possibilità della sanatoria deve seguire tra quei due momenti.

Certo, è bene avvertirlo ancora, non così si deve decidere quando si segua la teoria dominante per cui quelle forme di pubblicità sono atti meramente *conservativi* del diritto acquistato, al tutto dipendenti dal solo ed unico momento decisivo per l'acquisto del diritto, ch'è il negozio a ciò volto. Ma la interpretazione proposta meglio risponde alla legge, e dimostra come, quando questa sia ben chiarita, la distinzione tra il negozio volto all'acquisto del diritto reale e l'*acquisto*, vi sia già contenuta, senza bisogno, secondo spesso avviene, d'invocare perciò l'opera innovatrice del legislatore.

Digitized by Google

parendo che a consentire al superficiario il diritto di creare l'ipoteca sulla superficie osti la lettera della legge: del quale argomento, come pure di ciò che attiene all'indagine sulle tre figure di rapporto reale enumerate dianzi e del *suppegno*, si dirà ricercando le cose *idonee* a ricevere l'onere dell'ipoteca.

Il potere ch'è necessario s'abbia affinchè la creazione dell'ipoteca sia giuridicamente possibile, dev'essere poi *attuale:* ossia, secondo s'è avvertito, il concedente può consentire in modo valevole l'onere della sicurtà su di una cosa determinata se questa gli appartiene, non essendo ammessibile il trapasso nell'acquirente di un diritto che il trasmittente non ha: sebbene tale invalidità non significhi sempre, e assolutamente, *inesistenza.* (1) Ora, l'*attualità* (2) del potere non s'ha, talvolta perchè nè la cosa direttamente nè un diritto che le si riferisca esistono nel patrimonio del concedente, e qui la *cosa* che dovrebbe essere oggetto della concessione d'ipoteca manca al tutto tra i beni del disponente, e quindi l'*attualità* fa difetto; oppure non s'ha nel senso che nel patrimonio non esiste la cosa, bensì un diritto tendente ad acquistarla o riacquistarla, e qui sebbene affievolita, pure l'attualità esiste rispetto ad un diritto riferentesi alla cosa, che per via di esso è dunque nei beni del concedente; o ancora, se non la cosa in modo certo, assoluto, esiste nel patrimonio una legittima aspettativa ch'essa vi entri (condizione sospensiva) o ch'essa vi rientri (condizione risolutiva esaminata rispetto al patrimonio onde la cosa è uscita).

19ª. Delle posizioni di fatto su riferite, la prima contiene l'ipotesi dell'ipotecabilità di cosa *futura*, intendendo per questo termine, una cosa che in modo veruno si trovi nel patrimonio del concedente: non vi è per sè, e nel momento della costituzione non si può giuridicamente supporre che esista nel patrimonio una causa per cui si debba supporre legittimamente che vi sarà: esempio netto di tal significato dato al termine « cosa futura », è l'ipoteca di « *cosa altrui* ». Della quale è disputa grave se valevolmente possa essere constituita, e se l'invalidità inerente al negozio abbia natura di semplice *annullabilità*, e quindi ammetta la possibilità di sanatoria ulteriore, oppure di assoluta *inesistenza:* e se l'*invalidità* non par dubbia, perchè non s'intende in qual modo il concedente possa giu-

(1) V. la n. 1 a pag. 50.
(2) V. la n. precedente.

Digitized by Google

stamente consentire ad altri un potere ch' egli non ha sulla cosa dedotta nel negozio, la teoria ch'è accolta con maggior favore insegna che questo difetto di potere attuale immediato renda inesistente la concessione avvenuta.

Decisione questa che vien giustificata anzitutto con la lettera della legge, la quale disponendo delle cose sulle quali l'ipoteca può essere consentita, esclude le cose *future;* e siccome della storia di tal disposizione è occorso dire con sufficiente ampiezza, perchè qui si debba ripigliarne l'indagine (1), basterà soggiungere, che il luogo in cui è posta, e ch'è quello dove è pure ordinata come essenziale all'esistenza dell'ipoteca la *specialità* intesa rispetto alla cosa onerata, conferma i risultati dello studio condotto sul diritto anteriore e sui lavori preparatorî del nuovo. S'intese cioè nel nuovo ordinamento ipotecario, di mutare il diritto antico della concedibilità d'ipoteca generale sui beni, vietando così, che il rapporto genericamente costituito esplicasse l'azion sua sulle cose *speciali* ch'entrassero man mano nel patrimonio del concedente: vero è che questa ipoteca generale si risolveva in ipoteca sulle cose singole componenti il patrimonio del costituente, ma considerata nell'entità sua par chiaro avvinceva il patrimonio, seguendolo costantemente e inceppandolo nel suo sviluppo di aumento ulteriore, e così, con l'esagerazione della sicurtà sacrificando all'interesse egoistico del creditore la giusta protezione del credito ch' è interesse economico generale.

E a quest' argomento vengono in soccorso molte considerazioni desunte dagli elementi che occorrono a fin di trasferire o costituire valevolmente un diritto reale: alcune teorie, costruiscono deducendo dalla necessità che il trasferente o costituente sia già in tal relazione verso la cosa da poter consentire la concessione che fa, per essere questa (come facoltà di procedervi) già contenuta in altro rapporto, ch'è il sostrato della sua esistenza giuridica: chi cioè non ha la cosa o non ha su di essa un tal potere che gli consenta d'inserirvi l'onere reale dell'ipoteca, non *può ipotecare*, e quindi la concessione seguita è al tutto inesistente (2). Altre teorie poi (3), non fanno con-

(1) V. il vol. I, pp. 468-479.

(2) Sulla pignorabilità della cosa altrui, v. la costruzione generale proposta nel vol, I, l. cit. nella n. prec. La teoria che argomenta dal difetto di disponibilità sulla cosa, e fa quindi risalire il vizio della concessione alla condizion della persona, è nettamente posta da Colmet de Santerre, op. cit., IX, 92*bis*, IV. V. la n. 3 a pag. 55.

(3) Meglio che sull'inidoneità, questa dottrina è fondata sul concetto che « manca »

Digitized by Google

sistere il vizio del negozio nel *difetto* di disposizione che il concedente avrebbe dovuto avere per consentire validamente l'ipoteca, bensì *nell'inidoneità* dell'oggetto: la cosa è *altrui:* non è dunque possibile che il concedente ne disponga con diritto, e però essa non è oggetto idoneo di concession d'ipoteca: nella qual costruzione si scambia l'*idoneità* della cosa a ricevere ipoteca col difetto di potere nel concedente, e sebbene rispetto al rapporto costituito si possa pur dire che la cosa di altri non è perciò oggetto *valido* del negozio, pure non si deve confondere la qualità che la cosa ha per sè (*idoneità a comportare ipoteca*), con la relazione in cui il concedente è verso di essa (*potere di disporne*). Si è pure tentato (1) di dichiarare l'inesistenza del negozio argomentando dal difetto di *causa legale*, perchè ipotecare la cosa futura è atto contraddicente al concetto della *specialità*, e quindi intesa a violare una prescrizione assoluta della legge: ma senza obbiettare (2) che qui si confonderebbe la nozione di causa (*acquisto di garanzia reale*) con quella di *oggetto*, basterà di osservare che l'essere la cosa *altrui* non offende la *specialità*, potendosi ben ipotecare *specialmente* una cosa che spetti ad altri.

Delle quali tre costruzioni, l'ultima se fosse men debole di quel che è, dimostrerebbe certo la tesi dell'*inesistenza* dell'ipoteca conceduta su cosa altrui, perchè le altre due sono insufficienti a tal fine: perciò, una giurisprudenza recente (3), conscia di tal difetto, non a queste ma a quella informa le decisioni sue. Il che non vuol dire dunque ch'essa abbia od acquisti una saldezza che non ha, ma che le altre, sebbene accolte nella dottrina con singolar favore, non hanno la portata voluta, ch'è il dimostrare l'inesistenza dell'atto; e non superano la grave obbiezione tolta dal confronto dell'ipoteca con la vendita di cosa altrui, ritenuta dai più non inesistente, bensì sol-

---

l'oggetto della costituzion d'ipoteca; ma nel testo, s'è adottato quel termine, perchè la « *mancanza* » dell'oggetto è più esattamente rilevata col dire di oggetto « *non idoneo* ». L'oggetto esiste materialmente, ma non avrebbe la « *leceità* » necessaria per essere valevolmente dedotto nel rapporto d'ipoteca; quindi l'*inesistenza* del negozio. V. Duranton, op. cit., XIX, 367; Massé et Vergé s. Zachariae, op. cit., V, § 799; Aubry et Rau, op. cit., § 266; Grenier, op. cit., I, n. 31; Martou, op. cit., III, 1002 e segg.; Pont, op. cit., II, 628; Thézard, op. cit., n. 48; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1305. Cass. Fr. 24 maggio 1892 (*J. du Pal.*, 1892, I, 289); App. Montpellier 10 febbr. 1896 (*ib.* 1896, 2, 128).

(1) Laurent, op. cit., XXX, n. 469 e egg.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., l. cit.

(3) V. la n. 3 a pag. prec.

Digitized by Google

tanto annullabile. Difatti, lasciando per ora da parte il paragone dell'ipoteca con la *vendita di cosa altrui*, *la capacità di volere un atto di disposizione* suppone nel dichiarante l'*esistenza di tal rapporto verso la cosa* in cui si contenga il potere di disporre: ora, se *capacità* suppone nel soggetto, com'è già occorso di segnalare distribuendo l'ordine della presente ricerca, *esistenza del potere di disporre* e del *volere necessario a fin di esercitarlo giuridicamente*, nello stesso modo che questo secondo aspetto dell'incapacità dà causa, per ordinamento di legge, soltanto ad *annullabilità* (1), anche il primo dovrebbe logicamente produrre eguale effetto, non un risultato più grave: per il che, il vizio ch'è nell'ipoteca di cosa altrui sarebbe determinato da *incapacità* del concedente (e del carattere di tale incapacità si dirà in seguito), inducendo così non l'inesistenza, sibbene l' annullabilità *del negozio inteso a creare il rapporto* (2).

Il confronto con la vendita di cosa altrui dà maggior giustificazione alla dottrina qui accolta: la legge odierna la dice *nulla*, e la teoria che incontra maggior favore dichiara la norma come riferentesi all' *annullabilità*, non all' *inesistenza* del negozio (3); della quale interpretazione non si persuaderà chi pensi che generalmente vien pure insegnato ch'è profonda la differenza di entità

---

(1) C. civ., a. 1300 e segg.

(2) Così Colmet de Santerre, op. cit., l. cit.; Troplong, op. cit., II, nn. 518 e segg.: Gillard, op. cit., n. 99 e segg.; Labbé, in *Revue pratique*, XL, p. 180; e la nota s. Cass. fr. 24 maggio 1892 cit. Argomentano l'invalidità della concessione dal difetto di potere nel concedente, Ricci, op. cit., X, 184; Pochintesta, op. cit., I, 205; Pacifici-Mazzoni, op. cit., I, 157; Bianchi, op. cit., I, 193; ma concludono non all'*annullabilità*, bensì all'*inesistenza* del negozio. Costruzione poco corretta, che non si avvantaggia del richiamo che questi scrittori fanno dell'art. 1459 C. civ. statuente la *nullità* della vendita altrui, perchè di questa *nullità* si dovrebbe ricercare il contenuto prima di costruirvi la teoria dell'inesistenza dell'ipoteca: difetto che è più notevole in Bianchi, op. e l. cit.

(3) S'insegna che la nullità è sanata quando il venditore sia diventato proprietario della cosa venduta, oppure il legittimo proprietario abbia ratificato la vendita. Duranton, op. cit., XVI, 179; Marcadé, op. cit., s. l'art. 1599, nn. 5, 6; Colmet de Santerre, op. cit., VII, 28*bis*, XVII; Laurent, op. cit., XXIV, 120, 121; Troplong, op. cit. I, 236, 237; Duvergier, op. cit. I, 219; Guillouard, op. cit., 185; App. Bordeaux, 23 febbr. 1883 (*J. du P.*, 1883, I, 896). Pacifici-Mazzoni, op. cit., I, nn. 107 e segg.; Ricci, op. cit., VII, n. 109. Ma cfr. Toullier, op. cit. VI, 132; e la mon. di De Folleville, *Essai de la vente de la chose d'autrui* (Paris, 1874), nn. 89 e segg.

Digitized by Google

tra la vendita nel diritto odierno e la vendita secondo la legge romana, perchè se il trasferimento immediato della proprietà è davvero termine essenziale del negozio, chiaro è che quando non concorre pel fatto che la cosa venduta è altrui, dovrebbe mancare al tutto l'*esistenza* della vendita. Invece s'ha un negozio soltanto annullabile, e seguendo le considerazioni esposte (1) è facile costruire la teoria giustificante tal decisione: i due momenti per cui si compie il trasferimento della proprietà secondo la legge romana (obbligazion di trasferire: trasferimento), rimangono ben distinti anche nell'odierna, e quindi se il *trasferimento* non si potè compiere per difetto di qualche elemento necessario ad effettuarlo non perciò è inesistente l'obbligazion diretta ad eseguirlo, e il rapporto intero, perchè nel diritto patrio odierno i due momenti appaiono come fusi insieme, appar viziato. Ora, per qual ragione questo vizio derivante da *incapacità speciale a costituire il rapporto voluto* a causa di difetto nel concedente di quel potere sulla cosa ch'è necessario a tal fine, non rende inesistente la vendita, e renderebbe invece inesistente l'ipoteca? A parte ch'è identica la ragion del vizio, come apparisce dall'indagine mossa sulla *capacità speciale* descritta, nell'ipoteca non esiste il *trasferimento condizionato* del valor della cosa, a quel modo che nella vendita viene il trasferimento della proprietà? Nelle due ipotesi (2), l'atto non è egualmente voluto rispetto alla cosa, alla concession di un potere su di essa, sebbene variamente esteso?

19[III]. La ragion della legge antica che, a differenza di ciò ch'era ricevuto per la vendita, concedeva al semplice patto la possibilità di costituire il diritto reale d'ipoteca, non ha più valore nel diritto odierno, pel quale se l'ipoteca è *creata* dalla volontà (negozio unilaterale o bilaterale) è poi *costituita* mediante la formalità dell'iscrizione (3): i due momenti giuridici segnalati rispetto alla vendita, e

(1) V. la n. 2 a pag. 55.

(2) Così, nei due negozi inducenti alienazione della proprietà (*vendita*) oppure soltanto l'alienazion del valore (*ipoteca*), si riesce all'identico risultato dell'*annullabilità* conseguente dal difetto nell'alienante del potere di disporre: e l'inesistenza si riferisce al trasferimento effettivo, che, come *conseguenza* dell'obbligazione di trasferire, non potè avverarsi. V. in seguito il n. 19[IV]. Da nozione non corretta della vendita di cosa altrui, deduce Bianchi, op. e l. cit., la dottrina intorno la validità dell'ipoteca di cosa spettante ad altri.

(3) Su quest'argomento, v. in seguito la teoria sull'entità dell'*iscrizione*.

Digitized by Google

che nella legge patria odierna parrebbero non distinti in questo istituto, appaiono invece ben determinati rispetto all'ipoteca.

E argomentando ora da questo presupposto, è agevole definire la natura dell'*incapacità* che s'è detto costituire l'entità del vizio infirmante la vendita e l'ipoteca di *cosa altrui*, e differenziarla dall'altra *incapacità* che ha la sua ragion di essere nell'età o nello stato intellettuale del concedente: quell'*incapacità* non è in favore, sibbene a pregiudizio dell'*incapace*, perchè il principio che a trasferire o costituire un diritto su di una cosa occorre di necessità che il trasferente o costituente abbia sulla cosa stessa un potere per cui la concessione sia possibile, si trasmuta in quest'altro che non deve trasmettere o costituire un diritto su di una cosa chi su questa non ha un diritto maggiore ed eguale a quello che trasmette o costituisce: quindi l'*incapacità* sua all'atto è in suo danno, procedendovi egli senza la capacità speciale occorrente a costituirlo, e però s'intende come a lui non sia concesso di valersene e come possa opporla soltanto la persona con la quale chi è così incapace ha contrattato in buona fede; della qual maniera d'incapacità la legge dispone espressamente in materia di vendita (1).

L'atto ch'è dominato da questa incapacità (sia vendita oppure ipoteca) è dunque viziato a *favore del concessionario*, mentre l'*incapacità di volere* per difetto di età o d' intelligenza lo infirma a *favore del concedente incapace*. E a quel modo che nella vendita, il secondo momento dell'efficacia del consenso, ch'è il *trasferimento* del diritto venduto, *non esiste* se difetti nel trasmittente il potere attuale necessario a compierlo, e tuttavia rimane il primo momento sebben viziato per l' incapacità speciale descritta, cosicché, se in seguito questo termine esistesse cesserebbe il vizio, ed il trasferimento avrebbe luogo (salvi i diritti acquistati e valevolmente conservati dai terzi dell'intervallo): parimenti, nell'ipoteca (*volontaria*) il momento della *creazione* si distingue dal momento della *costituzione* del rapporto (2), e se questa non può validamente esistere quando il concedente non abbia sulla cosa un diritto che gli consenta di creare l'onere, quella invece *esiste* come obbligazione di effettuare la con-

(1) C. civ. a. 1459; e sul riferimento di questa disposizione alla costruzione generale della *culpa in contrahendo*, v. Chironi, *Colpa contratt.* cit. (2ª ediz.), l. cit.

(2) V. su questo punto, ch'è fondamentale pel sistema qui proposto, la ricerca più estesa nei capitoli segg. sulla creazione e costituzione dell' ipoteca.

Digitized by Google

cessione voluta. Per il che, il successivo acquisto di tal potere elimina l'*incapacità* del concedente e toglie il vizio insito nell'atto creativo, la cui efficacia immediata come titolo che abilita a procedere alla *costituzion* del rapporto non ha più ostacolo: quindi, se tra i due momenti della creazione e della costituzione dell'ipoteca s'è avuta la sanatoria, la costituzione avvenuta è appieno valida, salvi, s'intende, i diritti acquistati e conservati dai terzi nell'intervallo (1); altrimenti non lo è, nè (a differenza della creazione) potrà esserlo in seguito, quando il concedente abbia acquistato il potere sulla cosa (2).

19[IV]. Ma, quando la creazione sia convalidata, a fin di affermare l'esistenza della nuova e vera costituzione, si dovrà poi rinnovare la formalità dell'iscrizione, o si potrà procedere ad una semplice annotazione, oppure varrà ancora l'iscrizione effettuata, con riserva dei diritti acquistati valevolmente dai terzi nell'intervallo corso tra questa che inefficacemente venne eseguita, e la cessazione dell'incapacità?

La diversa entità dei due istituti che son la trascrizione in materia di trasferimento o costituzione di diritti reali, e dell'iscrizione rispetto all'ipoteca (3), non consente che la questione sia egualmente decisa nelle due ipotesi di vendita e di costituzion d'ipoteca: certo, argomentando soltanto dal presupposto dell'*incapacità* si potrebbe affermare che essendo viziato per annullabilità in favore del concessionario il negozio consentito da chi era privo di potere atto a concedere il diritto sulla cosa, egual difetto si estende alla costituzion del rapporto; viziata cioè la *creazione* del diritto reale di sicurtà, la *costituzione* dovrà esserlo del pari, e quindi la sanatoria se elimina da quello il difetto convalidabile, agirà pure su questa formalità. Come cioè la trascrizione nella vendita si riferisce al negozio voluto, e da esso interamente dipende, così la costituzione dell'ipoteca avvenuta mediante l'iscrizione varrebbe soltanto a conservare l'atto creativo, ne sarebbe la semplice manifestazione: quindi la convalidazione di quest'ultimo agirebbe pure su di essa, e però l'iscrizione eseguita

(1) Anche qui v. in seg. la dottrina sull'entità dell'*iscrizione* come fatto inducente la *costituzione* dell'ipoteca.

(2). V. le n. 2, 3 a pag. 55.

(3) V. il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

potrebbe essere conservata, senza pregiudizio dei terzi che nell'intervallo tra i due tempi avessero acquistato e conservato efficacemente sulla cosa un diritto reale di godimento o di sicurtà. Al nuovo avvenimento potrebbe tutt'al più bastare l'annotazione: ma neppure questo sarebbe requisito legalmente necessario.

La costruzione ora descritta e la risoluzione che ne consegue, argomentano dunque dall'entità dell'iscrizione e dalla trascrizione, che non sarebbero produttive di effetto *rispetto alle parti:* ma non paiono accettabili; si presenta già facile l'obbiezione, che posti i due momenti descritti così rispetto alla vendita come in materia d'ipoteca (obbligazione di vendere, vendita: trasferimento del diritto creazione dell'ipoteca volontaria: costituzione di essa), ciò che nel primo è vizio per incapacità del concedente, è ragion d'inesistenza nel secondo, perchè l'atto del *dare* richiede necessariamente il potere di dare. Ma nella vendita non è richiesta una formalità speciale con la quale s'affermi l'esistenza di questo secondo momento, essendo inoppugnabile il concetto che l'ordinamento legislativo e patrio sulla *trascrizione* richiede questa forma estrinseca soltanto perchè il negozio sia efficace rimpetto ai terzi, e non esige la pubblicità *reale*, come s'avverte nei sistemi legislativi dei libri fondiari, o della stessa trascrizione meglio regolata secondo il bisogno economico-giuridico della sicurezza dei trasferimenti, sibbene la pubblicità *personale;* invece, in materia d'*ipoteca* l'iscrizione è ordinata per l'esistenza stessa del rapporto, e per manifestare non soltanto di fronte ai terzi, ma a chiunque, ch'esso è *costituito* (1). In conseguenza, e di questa ragion di decidere si dirà più innanzi indagando e fissando l'entità dell'*iscrizione*, se non è necessario sia rinnovata la trascrizione quando occorra la convalidazione descritta, sebbene sia priva di virtù giuridica rimpetto ai diritti che i terzi avessero acquistato e conservato nell'intervallo, occorre invece il rinnovamento dell'*iscrizione;* questa non è semplice forma conservativa del diritto d'ipoteca volontaria di cui si supponga avvenuto l'acquisto mediante la volontà degli intervenuti: è la forma necessaria occorrente alla *costituzione* del rapporto, e quindi se l'iscrizione avvenuta fallì al suo scopo per difetto di potere nel concedente è giusto si ritenga come non fatta, e che con la nuova *costituzione* valevolmente eseguita sia manifesta a chiunque possa avervi interesse l'esistenza del rapporto di sicurtà reale.

(1) V. la n. 1 a pag. 55: e la n. 2 a pag. 57.

Digitized by Google

A. In quest' ultima decisione si manifesta ancora la differenza segnalata tra l'*incapacità speciale* derivante da difetto nel concedente del potere di disporre, e l'*incapacità generale* che trae origine da vizio di volontà: quella si estende all'atto dell'*iscrizione* e la domina così da renderla affatto inutile per difetto di potere sull'oggetto: questa conserva sempre il suo carattere e la sua virtù di causa annullatrice del negozio creativo e quindi della costituzione del rapporto, perchè la *volontà* esiste, sebbene viziata, e del vizio e della nullità che ne deriva può soltanto valersi l' incapace, al quale l'annullamento è protezione legittima.

19ᵛ. I risultati ottenuti e la dottrina proposta intorno la necessità di distinguere nella costituzion dell'ipoteca i due momenti, i due fatti giuridici che nell'ordinamento legislativo appaiono assai nettamente determinati, in modo che l'annullabilità del primo (*negozio creativo* dell'ipoteca) e la possibile convalidazione sua sono ben distinti dall'inesistenza del secondo (*atto costitutivo*), indicano qual sia la decisione preferibile in alcune ipotesi discusse di concessione d'ipoteca, avvenuta su cosa che non fosse nel potere attuale del concedente. Così, se nel negozio di sicurtà si deducesse una cosa altrui, ma la concessione fosse fatta ed accettata con la condizione « *quando la cosa ora d'altri entrerà nel patrimonio del concedente* », il difetto assoluto di potere che si rileva nel momento dell'atto rende senza dubbio inesistente l' iscrizione, perchè quella non è clausola per cui si mostri che nel patrimonio è contenuto attualmente un *diritto condizionato*, affermandosi invece che niente di ciò esiste. E rispetto al negozio, per due maniere esso si differenzia dall'ipotesi di creazione *pura* dell'ipoteca su cosa altrui: anzitutto, pel rapporto della responsabilità contrattuale (*culpa in contrahendo*), apparendo dall'atto la scienza che il concessionario aveva della condizione attuale della cosa: e poi pel carattere del negozio stesso, il quale, a causa della conosciuta posizione attuale del concedente rispetto alla cosa, par che induca soltanto la *promessa di creare l'ipoteca* (1), e, se

(1) Nella specie la cosa altrui è dedotta nel negozio non come propria del concedente, ma come altrui, cosicchè, la volontà di creare il rapporto è impegnativa pel momento in cui entrando la cosa nel potere del concedente, esiste il termine essenziale a siffatta creazione. Ma tal volontà è impegnativa nel senso che appena avvenuto il fatto dell'acquisto, la *creazione* consentita diventi efficace, e si possa procedere senz'altro alla *costituzione* del rapporto, o è impegnativa soltanto come

Digitized by Google

la volontà delle parti fosse particolarmente esplicita su tal punto, anche l'obbligazione del concedente di curare l'acquisto della cosa, od il potere di onerarla d'ipoteca.

Obbligazione quest' ultima, che si potrebbe dire inerente al negozio, se a fin di affermare la possibilità giuridica di creare ipoteca su cosa attualmente in potere d'altri, si volesse ricorrere alla figura della condizione tacita di futuro acquisto: ma oltre che la costruzione così condotta ripugna alla posizione del concessionario, il quale per essa sarebbe ritenuto consapevole della condizione del concedente, quella possibilità non abbisogna per essere dichiarata che sia presunto il concorso di tal condizione, potendo essere ben giustificata col concetto esposto d' *incapacità speciale:* la costruzione proposta non ha cioè il suo fondamento nel supporre inerente al negozio la condizione descritta, sibbene nei termini in cui esso è condotto. Perchè il concedente non promette di concedere, ma concede, e quindi appena la concessione potrà avere effetto con l'acquisto ch'egli faccia del potere a ciò necessario sulla cosa, quella volontà opera attualmente, e permette di procedere al nuovo atto *costitutivo* dell'ipoteca; cosicchè, nell'ipotesi altra volta ricordata (1), d'ipoteca conceduta su cosa altrui della quale in prosieguo il concedente sia diventato proprietario, anche per successione ereditaria a chi n'era proprietario al momento della concessione (2), e nell'altra che il proprietario sia diventato in seguito erede del concedente (3),

---

promessa di creare, quando quel fatto sarà avvenuto? La diversità tra le due costruzioni è grave, quando si ammetta, come s'è fatto qui, che a quel modo che promessa di vendita non val vendita, così promessa d'ipotecare non vale ipoteca; e nel testo s'è proposto che nella specie il contenuto della volontà sia non di *creare*, ma di *promettere di creare*. Vero è, che la *volontà di creare* manifestata come attuale, è il concetto accolto dalla maggior parte dei dottori, e l'insegnamento tradizionale: v. NEGUSANT, op. cit, p. 2, m. 3, n. 53; BALDUINUS, op. cit. cap. XII, p. 686 dell'ediz. cit.; GLÜCK, op. cit., § 863; VANGEROW, op. cit., I, § 372, t. e obs. 2; WINDSCHEID, op. cit.; DERNBURG, op. cit., §§ 28 e segg. E v. pure, in questo senso e quindi per la validità del negozio, COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 92*bis*, III e segg.; TROPLONG, op. cit., II, 528; GILLARD, op. cit., nn. 99 e segg.; ma cfr. per l'inesistenza del negozio desunta dalla proibizione d'ipotecare la cosa altrui, AUBRY et RAU, op. cit., § 266 t. e n. 5; LAURENT, op. cit., XXX, 472; THÉZARD, op. cit., n. 49; BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, op. cit., II, nn. 1306 e segg.

(1) V. il vol. I, pp. 468-479.

(2) V. la n. prec., e gli Aut. cit. nelle n. 2, 3 a pag. 55. E nel senso della teoria accolta nel testo, v. Cass. Napoli 29 nov. 1879 in *Giur. ital.* XXXII, 1, 1, 114.

(3) V. il rinvio fatto nella n. precedente.

Digitized by Google

mentre dalla dottrina che insegna l'inesistenza dell'ipoteca di cosa altrui si afferma necessariamente l'impossibilità di convalidazione ulteriore (1), invece, secondo la costruzione proposta, il difetto ch'è nell'atto *creativo* dell'ipoteca induce è vero l'inesistenza della costituzione (*iscrizione*) effettuata, ma la convalidazione seguita se non sana quest'ultimo fatto, dà tuttavia diritto al concessionario di procedervi nuovamente in modo valevole (2).

19^{VI}. L'*attualità* del potere che il concedente deve avere sulla cosa affinchè possa consentire validamente l'ipoteca, può non esistere rispetto alla cosa stessa, sibbene al *diritto* di farvela rientrare se per via ingiusta ne fosse escita, o di farvela entrare se altri ingiustamente a ciò s'opponesse: qui la cosa non esiste in modo determinato, concreto, nel patrimonio del concedente, ma nei suoi beni è contenuta l'*azione* diretta a conseguirla e che può quindi rappresentarla, purchè il diritto volto a tal fine non sia puramente personale al concedente, come avverrebbe nel caso di revocabilità della donazione per ragion d'ingratitudine, inerendo con ciò essa non al *patrimonio*, bensì alla *persona;* il qual impedimento potrebbe essere tolto, se il concedente consentisse l'ipoteca dopo aver instituito l'azione. Non la *res* per sè, ma la *res debita* (3), sarebbe così de-

---

(1) Posto il concetto di semplice *annullabilità* dell'atto creativo dell'ipoteca, si intende che la ratifica fatta dal vero proprietario induce la sanatoria del vizio; cons. e cfr. gli Aut. cit. nelle n. 2, 3 a p. 55; e agg. Labbé in *J. de Sir.* 1881, 1, 241, che risolve la questione in senso contrario. È stato deciso, che sebbene per l'inesistenza del negozio, la ratifica sia inefficace, pure altrimenti avviene nel caso che lo stipulante non abbia conceduto l'ipoteca nella cosa altrui, *ma abbia promesso la concessione del vero proprietario* (promessa del fatto altrui: C. civ., a. 1129); Cass. fr. 13 dic. 1875 (*J. de Sir.* 1876, 1, 273); e v. Pont, op. cit. II, 626; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, II, 1310; cfr., deducendo dal concetto d'inesistenza del negozio, gli Aut. cit. nella n. 3 a p. 53 e Gillard, op. cit. n. 102.

(2) La risoluzione data nel testo è giustificata dal concetto fondamentale proposto intorno la separazione tra i due momenti della *creazione* e della *costituzione* del vincolo: se quest'ultimo ha la funzione di fissare, realizzare il rapporto creato, bisogna che nel momento in cui la compie esistano i termini utili a ciò, e quindi se la si deve considerare come inesistente nel tempo in cui vi si procede, la convalidazione dell'atto creativo abiliterà a fare validamente una costituzione nuova, non a sanare quella male effettuata.

(3) V. il vol. I, pag. 474. t. e n. Badisi: non è che la *res debita* sia dedotta nell'ipoteca per sè, ma pel diritto di recuperarla spettante al titolare che concede l'onere: *il diritto di rivendicare una cosa, è il potere contenuto nel diritto*

Digitized by Google

dotta nel rapporto di sicurtà: sebbene poi la consistenza di questo abbia come un carattere di « *condizionale* », perchè dal risultato del giudizio, ch'è dichiarativo dei diritti, si dovrà inferire la validità definitiva della concessione.

Dall'ipotesi or descritta, quantunque versi pur essa in tema di mancanza del potere *attuale* di disporre, differisce quella in cui l'acquisto effettivo del potere sia sospeso da una condizione, oppur questa influisca sulla possibilità del ritorno della cosa nel patrimonio del concedente: nella prima delle due specie s'ha la figura del *diritto condizionato*, il cui acquisto dipende cioè da *condizione sospensiva*, e qui nessuna difficoltà occorre intorno la possibilità giuridica che la persona cui spetta lo gravi d'ipoteca (purchè sia idoneo a sostenerla), e intorno l'avvenire della concessione: la quale dipende tutta dalla consistenza che acquisterà in seguito il potere del concedente, perchè avverata la condizione, l'effetto ne retroagisce al dì dell'acquisto (salva la contraria volontà (1) che avesse presieduto alla nascita del rapporto), e venendo meno cessa rispetto al concedente ogni aspettativa legittima derivantegli dal negozio condizionato: cosicchè avvenuta la condizione, la creazione dell'ipoteca terrà, e, mancata essa, si risolverà invece nel nulla.

La seconda specie rende la figura della *condizion risolutiva*, considerata nella virtù sua rispetto alla persona dal cui patrimonio la cosa sia escita per atto condizionatamente risolubile, cosicchè egli

---

di proprietà, è l'azione per cui questa manifesta la sua virtù. Ora, il proprietario che non ha la cosa attualmente, e come tale nel suo patrimonio, ma che non ha perduto il suo diritto su di essa, e può quindi rivendicarla, è per via del diritto di agire a tal fine, come se l'avesse; l'azione rappresenta la cosa, e questa è ipotecata come *res debita*.

(1) C. civ. a. 1976. V. C. civ. fr. a. 2125; C. civ. port. § 696; C. civ. del basso Canadà, § 2038; C. civ. del Mess., § 1976; C. civ. della Rep. Arg., § 3125; C. civ. dell'Ur., § 2285; C. civ. del Guatem., § 2021; C. civ. del Chilì, § 2416. V. C. civ. del Giappone (1896) a. 127; C. civ. germ., § 161; C. Fed. svizz., delle Obbl., § 172. Nessuna difficoltà in ciò: la retroattività della condizione può essere esclusa dalla volontà delle parti, ma ciò avvenendo, chiaro è che il negozio dev'essere regolato con altri criterî da quelli proprî a quello ch'è *effettivamente* condizionale. Così, se la condizione fosse sospensiva, il concedente (se pure la volontà non sia determinata come semplice promessa di concedere) dichiara di concedere *da quel dato momento:* sè fosse risolutiva, la retrodazione assume la figura di negozio a sè, distinto; sebbene nell'intervallo, il rapporto esiste come condizionato. V. Chironi, *C. contratt.* cit. pp. 530 e segg.

Digitized by Google

pendente la condizione si trovi nell' aspettativa legittima ch' essa vi possa rientrare. Senz' aprire ora una disamina sull' entità della condizione risolutiva, e indagare se vi domini anche il concetto della « *sospensione* » inerente all'esistenza effettiva del diritto (1), oppur s'esso domini sempre nella struttura giuridica della « *condizione* » e la diversità di efficacia tra la condizion sospensiva e la risolutiva derivi soltanto dallo special modo di essere di ciascuna quando sia pendente: chiaro è, che per effetto della condizione risolutiva l'alienante si trova nella *possibilità giuridica* di riaver la cosa quando essa s' avveri. Il qual punto è luogo di grave dubbio alla dottrina ed alla giurisprudenza, che il più sovente lo dichiarano in modo contrario ai principî: si chiede cioè, se, data l'alienazione della cosa accedendovi una condizion risolutiva, l'alienante nell'intervallo abbia il potere giuridico di concedervi ipoteche, e se queste, avveratasi la risoluzione, avranno esistenza dal dì della concessione; si dubita pure, e la decisione di questo dubbio ha influito assai sulla dichiarazion dell'altro, se, nel caso che l'alienante con la condizione risolutiva del patto di riscatto abbia ceduto ad altri il suo diritto di esercitarlo, ma prima della cessione avesse conceduto ipoteca sulla cosa, questa acquisti in seguito consistenza giuridica. Per un verso parrebbe, che avverandosi col riscatto la condizion risolutiva apposta alla vendita, l'effetto ne risalga al giorno in cui questa venne consentita, e quindi, riputandosi che mai la cosa sia escita dal potere dell'alienante, debbano ritenersi come validamente costituite le ipoteche che questi avesse concedute nell'intervallo: e qui s'argomenterebbe dalla nozion della condizione, e della retroattività ordinata pel caso s'avveri (2); d'altra parte invece, si contrappone alla costruzione giuridica una considerazion di equità dedotta dall'interesse del cessionario, e decidendo in favore di quest'ultimo, si nega valor giuridico alle ipoteche consentite dal cedente prima della cessione (3).

A ottenere questo secondo risultato, la dottrina meglio accolta propone due costruzioni. La prima è fondata sulla condizion giuridica del cessionario, e sulla misura del diritto che gli deriva dalla ces-

---

(1) V. Windscheid, op. cit., §§ 86 e segg.

(2) Cons. Gillard, op. cit., n. 109; Thézard, op. cit., n. 135; e v. in seguito la n. 1 a pag. seg.

(3) Aubry et Rau, op. cit. § 266, t. e n. 13 e seg.; Grenier, op. cit. I, 153; Cass. fr. 23 ag. 1871 (*J. de Sir.* 1871, 1, 118); 12 mag. 1880 (*ib.* 1881, I, 295).

Digitized by Google

sione rispetto alla risoluzion della vendita: si dice cioè, che la cessione trasporta nel suo patrimonio l'aspettativa inerente alla risoluzione possibile, e quindi l'effetto intero di questa ch' è il ritorno allo stato anteriore al negozio condizionato, e per conseguenza l'annullamento degli oneri costituiti nell'intervallo anche dall'alienante, perchè la validità di essi contraddirebbe alla legge della cessione, che questi consentì; ma non s'avverte, che se per l'effetto della condizion risolutiva avverata si deve ritenere l' alienazione come mai avvenuta, è indubbia l'esistenza del potere dell'alienante pel tempo anteriore alla cessione, e con ciò la validità degli oneri reali validamente conceduti e conservati in quell'intervallo (1). Non è dunque possibile limitare l'estensione della retroattività a seconda del vantaggio del cessionario: o meglio, la circostanza della cessione non può indurre modificazioni sull'entità sua, che, salve le eccezioni di cui si dirà, cancella la mutazione seguìta sulla spettanza della cosa per effetto del ritenersi puro il negozio, pendente la condizion risolutiva che gli è inerente. E poi, se la cessione, se il concorso della volontà dell'alienante ha trasferito nel cessionario l' aspettativa derivante dalla condizion risolutiva, non si può ammettere ch'egli possa di suo arbitrio porre nel nulla diritti anteriormente da lui conceduti sulla cosa: egli trasmette il diritto rispetto a questa così come esiste *attualmente* nel suo patrimonio, e quindi con gli oneri validamente consentiti e conservati (2).

Questa difficoltà è eliminata da un'altra costruzione, che non argomenta dal concetto, assai limitato, della virtù che la cessione avrebbe di fissare rispetto al cessionario l'efficacia della risoluzione, restringendola all'intervallo tra la creazione del negozio risoluto, e

(1) E cade così la costruzione, con la quale Pont, op. cit., I, 516 (v. pure Demolombe, *Contr.*, II, 411), spiega la retroattività nel senso che la condizione adempita dal cessionario non può far fissare il ricupero del diritto nel cedente, perchè questi se ne spogliò a favor di questo. L'*aspettativa* inerente alla condizione si riferisce dunque a due persone: al cedente fino al momento della cessione, ed al cessionario in seguito. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, n. 1318.

(2) S' intende quindi il diritto dell'alienante di concedere ipoteche nell'intervallo, per cui la condizione risolutiva è pendente. Cons. Duranton, op. cit. XIX, 278; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 109 *bis*, III; Laurent, op. cit. XXX, 477; Battur, op. cit. II, 234; Martou, op. cit., III, 964; Troplong, op. cit., II, 469; Pont, op. cit. II, 639; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1317; Demolombe, op. e l. cit. Cfr. gli Aut. cit. nella n. 2 a p. 64.

Digitized by Google

il momento della cessione validamente costituita; e asserisce invece, che l'alienante non ha nella pendenza della condizion risolutiva alcun diritto sulla cosa (e quindi, nella specie descritta non si potrebbero opporre al cessionario diritti reali ch'egli avesse conceduto prima della cessione, mancandogli il potere necessario a ciò), e che nel suo patrimonio è soltanto un diritto di obbligazione: il potere sulla cosa ritornerebbe così a lui, soltanto per effetto della risoluzione avvenuta (1). La qual teoria è al tutto contradetta dallo stato giuridico derivante alle parti interessate dalla pendenza della condizione inerente al negozio, e dalla virtù riconosciuta alla condizion risolutiva avverata; costituito il negozio *sub conditione*, sia pur questa risolutiva e quindi con effetto *puro*, immediato del negozio stesso, la parte che dalla possibilità dell'avvenimento presupposto spera di ottenere la cosa dedotta nel negozio condizionato (cond. *sospensiva*) o di riaverla come se mai l'avesse data (cond. *risolutiva*), non ha un diritto vero, proprio sulla cosa stessa, sibbene l'aspettativa legittima di esso (2), e tale la speranza che si riferisce necessariamente alla cosa, perchè contiene la possibilità del diritto su questa, entra nel patrimonio della persona cui spetta. Tant'è, che avveratasi la condizione risolutiva, la persona cui tal avvenimento profitta, non ha obbligo d'instituire azione alcuna perchè il suo poter sulla cosa si riaffermi com'era prima del negozio risolto: la risoluzione agisce per virtù propria ristabilendo lo stato giuridico anteriore a questo (eccezion fatta pei provvedimenti, di cui si dirà,

(1) V. le sent. cit. nella n. 3 a pag. 64.

(2) Badisi: non si vuol qui procedere ad una propria identificazione della posizione dell'acquirente sotto condizione sospensiva, e di quella dell'alienante sotto condizione risolutiva: s'è voluto porre in rilievo ciò che d'*incertezza* è nei due stati, sebbene questa comune caratteristica si svolga con figura propria nelle due specie di condizione. In quanto che, per effetto della condizione sospensiva l'acquirente ha un diritto condizionato, e per la condizion risolutiva l'alienante non ha più *potere giuridico* vero sulla cosa; ma, argomentando non dalla figura della « *sospension del diritto* » così come occorre nella condizione sospensiva, sibbene dal concetto di « *risoluzione* » e della virtù retroattiva ch'è in essa, e che per la sua propria entità spiega, si vede come gli atti consentiti nell'intervallo dell'alienante acquistino validità per effetto della risoluzione avvenuta. Dal che apparisce che la convalidazione dipende da questo ultimo fatto, e parrebbe perciò esagerato assai, se non falso addirittura, quello stretto riavvicinamento proposto tra le due forme di condizione: parvenza non giusta, quando si pensi alla « *possibilità della risoluzione* », e quindi all'incertezza che dominando necessariamente il rapporto costituito, si riflette sulla posizione dell'alienante rispetto alla cosa alienata.

Digitized by Google

rispetto ai terzi), e anche dalle teorie che non consentono alla condizione sospensiva avverata l'effetto retroattivo (1), s'insegna che la virtù di quella risolutiva è di porre nel nulla lo stato giuridico sorto in conseguenza del negozio al quale era inerente.

I concetti direttivi ora esposti, dànno modo di risolvere facilmente la question proposta: se la condizione risolutiva spinge la sua efficacia al momento in cui è nato il negozio al quale inerisce, non si può non rilevare nell'intervallo ch'è tra questo e la cessione, il potere che sulla cosa spetta giuridicamente all'alienante; in conseguenza, l'ipoteca che in quel frattempo fosse stata conceduta da lui, è legittimamente consentita, perchè, reso caduco il negozio condizionato, si presume che la cosa non sia per questo escita dal suo patrimonio. La ragion della risoluzione è così dedotta dai principî governanti la condizione, nè occorre per sorreggerla di considerare la colpa imputabile al cessionario, il quale prima di pattuire la cessione ben poteva accertarsi, consultando i registri pubblici delle ipoteche, dello stato del cedente rispetto alla cosa ceduta (2).

---

(1) Cons. WINDSCHEID, op. cit., l. cit.; e v. pure la n. seg.

(2) Accolta la dottrina che consente all'alienante di concedere ipoteche sulle cose alienate mediante condizione risolutiva, s'intende che se questa non s'è avverata, e quindi si consolidi il diritto nella persona dell'acquirente, la garanzia reale conceduta non avrà validamente nascita; il diritto dell'alienante sulla cosa alienata, non come acquisto ma come ritorno nel suo patrimonio, è *sospeso* dall'avverarsi della condizione, e il non avvenimento di essa determina quegli effetti che attengono all'ipotesi di condizione sospensiva mancata. Il che avviene per la funzione sospensiva che la condizione risolutiva ha in sè: la separazione indipendente di ogni funzione che inerisca ad un rapporto, non dà più origine ad una relazione giuridica a sè, con speciale contenuto, e la complessività di più funzioni che si riferiscono ad un rapporto vale a costituirne la piena entità, a determinare la sua intera fisonomia giuridica.

Ciò posto, se la condizione risolutiva fosse *potestativa* per l'alienante, e questi ne avesse determinato il non avveramento, si dovrà indurne l'*annullamento* dei diritti reali, e però delle ipoteche da lui consentite? Si potrebbe dire che la risoluzione non è seguìta, e che la legge tenendola per mancata convalida nell'acquirente il diritto già trasmesso, onde il nessun potere dell'alienante di concedere nell'intervallo diritti sulla cosa; ma di altri concetti è pur necessario tener conto. Poichè, se l'alienante ha come un diritto condizionato riferentesi al *ritorno* della cosa nel suo patrimonio, il fatto dell'aver concesso nell'intervallo diritti su di essa, manifesterebbe la volontà sua, l'impegno suo di mantenerli saldi, e quindi l'*obbligo ch'egli ha* di non impedire la risoluzione, e anzi di procurarla: e ciò è vero, secondo la costruzione della *dilig. in contrahendo;* ma l'*obbligazion* sua verso i concessionari non equivale a dar loro un *diritto sulla cosa*, per-

Digitized by Google

19[VII]. Fin qui, la condizione risolutiva è stata esaminata in riguardo della persona nel cui patrimonio, per l'avverarsi di essa, rientra la cosa che condizionatamente n'era escita; considerandola poi rispetto all'acquirente, è agevole determinare secondo i principî che la governano l'efficacia dei diritti che nell'intervallo fossero stati da lui conceduti. Perchè, sebbene la condizione sia risolutiva, il potere dell'acquirente sulla cosa è di esistenza al tutto incerta (1), ed è in questo punto dell'acquisto vero, definito, del diritto, che l'entità del fine economico (2) nella condizion risolutiva e nella sospensiva apparisce identica: la differenza che le separa è piuttosto nel modo col quale agiscono sul negozio cui accedono, perchè la sospensiva *non dà* immediatamente il diritto, ma lo *darà* con l'intendimento di darlo come se fosse dato fin dal momento del negozio voluto, e la risolutiva *lo dà* immediatamente, ma con l'intendimento che se esso *cesserà*, cessi come se *mai sia stato conceduto*.

Per il che, si ha la regola che i diritti consentiti dall'acquirente nell'intervallo cadono nel nulla, per essere venuto meno il potere suo così da ritenersi che mai sia esistito nel suo patrimonio: ma se non la diversa entità (3), il diverso *modo di apparire* dell'effetto delle due specie di condizione ha imposto la necessità di conciliare la severità della deduzione giuridica col riguardo dovuto alla posizion dei terzi: perchè il diritto nato con l' inerenza della condizione risolutiva apparisce nell'intervallo come derivante da negozio voluto puramente, *figura* attualmente, così determinato com'è, nel patrimonio dell'acquirente; e se per quest'apparenza i terzi *ignari* della verità dell'acquisto, costituissero con lui negozi presupponenti tal verità, la condizion loro non dovrà essere protetta? Per tal considerazione, la legge concede alla *buona fede* dell'acquirente di poter togliere l'*apparenza* di un potere sulla cosa come fosse *realtà:* e qui *buona fede* vale errore scusabile in cui egli fosse rispetto alla condizion giuridica vera dell'alienante, val cioè assenza di *colpa* nell'opinione sua su questo punto, e s'intende della *culpa in con-*

---

chè ciò urterebbe col diritto che il terzo acquirente ha già acquistato e conservato. Altro è vedere se in tal concessione non sia contenuto, come parrebbe, il diritto di esercitare la risoluzione.

(1) V. la nota 2 alla pag. preced.

(2) Ma rispetto al giuridico, la n. preced.

(3) V. la n. 2 alla pag. preced.

Digitized by Google

trahendo, che occorre cioè nella formazione del negozio (1). Per non abbandonare la dimostrazione di tal elemento (*buona fede = non colpa*) alle incertezze dei dibattiti giudiziarî, il diritto comune insegnava una dottrina che inferiva da fatti certi la presunzione di colpa o di non colpa, rispetto alla possibilità in cui l'acquirente fosse di conoscere la condizion vera dell'alienante. Si disse cioè, che se la causa della risoluzione inerisse necessariamente al titolo di acquisto di quest'ultimo (*resol., ex causa antiqua*), egli poteva e doveva conoscere, anche se in fatto non l'avesse conosciuto, lo stato del concedente, e quindi presunzion di colpa, assenza di buona fede, e invalidamento dei diritti acquisiti; se invece questa inerenza necessaria mancasse, e la possibilità della risoluzione si riferisse ad una omissione colposa dell'acquirente-transmittente della quale l'acquirente successivo aveva giusta ed onesta ragion di credere non sarebbe avvenuta, dovendosi ben supporre che il debitore non voglia mancare ai suoi impegni e ciò tanto più se fa un atto che a tal supposizione dà maggior forza (*resol., ex causa nova*), l'acquirente era tenuto in buona fede: e però l'acquisto ch'egli avesse fatto nell'intervallo si teneva immune dalla risoluzione avvenuta in seguito.

La qual dottrina toglieva molte incertezze, ma non le eliminava tutte, e nell'intervallo tra la domanda di risoluzione e la sentenza dichiarativa di esso lasciava i pericoli minaccianti la buona fede dei terzi. La nuova legge, soccorrendosi con l'istituto della *trascrizione*, introdotta a dar con la *pubblicità* del titolo concedente diritti reali su cose immobili la presunzione certa, irrefutabile della *scienza* che ogni interessato può avere della condizion della persona rispetto alla cosa (2), ha modificato con questo nuovo mezzo la

(1) Su questi punti, v. CHIRONI, *C. contratt.*, l. cit.

(2) Questa è difatti la ragione giuridico-sociale della trascrizione, sebbene l'ordinamento tecnico di essa ne abbia sminuito il contenuto vero; ridotta a fissare la condizione della *persona* rispetto alla *cosa* ne venne in conseguenza ristretta l'efficacia nei rapporti coi terzi, mentre, a somiglianza del « libro fondiario » germanico avrebbe potuto e dovuto indicare lo stato giuridico della cosa (v. in seguito il cap. sulla « costituzione » dell'ipoteca). Per il che, fondamento e fine suo è di proteggere la buona fede dei terzi; non solo, ma a fin di evitare questioni e dibattiti giudiziarî che toglierebbero quella certezza di diritti che per via di essa s'è inteso a conseguire, ha pure il fine di stabilire, fissare la buona fede, nel senso che la mancanza sua (nei casi in cui il compierla è atto necessario) fa presumere in via assoluta la buona fede dei terzi: onde la prevalenza del diritto loro quando valevolmente l'abbiano conservato. Cosicchè non basta a determinare tale stato di

Digitized by Google

dottrina di diritto comune, dando alla presunzione di buona o mala fede una miglior consistenza; statuì cioè, che nel caso di risoluzione derivante *ex c. nova* (1), la domanda diretta ad ottenerla abbia con la *trascrizione* la virtù di mantenere intatti i diritti dell'instante, dal momento in cui la formalità è compiuta, cosicchè i terzi,

---

buona fede, non più soggetto a indagini o disamine, che il primo acquirente non abbia trascritto, ma è pur necessario che l'acquirente posteriore abbia trascritto il proprio titolo; altrimenti, la prova ch'egli traesse per la sua buona fede dall'ignoranza del titolo anteriore non sarebbe ammessibile, all'infuori di dolo imputabile al primo acquirente; mal potrebbe opporre ad altri quel difetto di forma ch'egli pure non procurò di scansare.

Ond'è che a determinare la ragion dell'istituto concorre pure la « colpa », e coordinando questa all'altro termine della buona fede, ben si può valutarne il contenuto; rimpetto ai terzi, s'intende, e però correttamente è stato deciso che il donatario posteriore che avesse trascritto il suo titolo non può opporlo al primo donatario, quando fosse diventato *erede* del donante (Cass. fr. 1 giugno 1897, in *J. du P.* 1897, 1, 399; cons. da ultimo Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. de donat. et test.* cit. I, 1409, 1410; Huc, op. cit. VI, 214, 215). E parimenti è dottrina rispondente all'entità dell'istituto quella che insegna non rilevare che il secondo acquirente avesse effettivamente scienza dell'acquisto anteriore, perchè il suo stato di *mala fede* non può risultare se non dal compimento della trascrizione, che l'acquirente anteriore non effettuò (v. Cass. di Torino 28 mag. 1889, in *G. ital.* 1889, I, 1240; Cass. di Palermo, 9 aprile 1896; *ib.*, 1896, I, 1135; ma confr. Mourlon, *Tr. de la transcript.* Par., 1862, II, 454); nè rileva se lo stato di *scienza* sia aggravato dalla *frode* esercitata dal secondo sul primo compratore, o seguita tra il secondo compratore ed il venditore a danno del primo acquirente (Cfr. tuttavia su q. punto Cass. Torino, 10 luglio 1891, in *F. it.* 1891, I, 1288; Cass. fr. 27 nov. 1893 in *J. du P.* 1894, 1, 385, e in Dall., *pér.* 1894, 1, 342, e Lyon-Caen, in n.). Contro quest'ultima opinione avvisa la maggior parte dei dottori (cons. Lyon-Caen, l. cit.), ma non pare che ciò ben corrisponda all'ordinamento della legge: la quale ha asserito una determinata virtù alla trascrizione, nè questa può perderla pel fatto che *fraus omnia corrumpit*, e d'altronde non si può ben separare quest'ultima dall'altra ipotesi di semplice *scienza*, perchè *scienza* implica per sè la mala fede, nè quindi si dovrebbe trattarla meno severamente di ciò che si suol per la frode. La *mala fede* comprende i due termini, e bene perciò il Cod. civ. germ. *dispone* (espressamente) che la *scienza* del difetto di diritto tolga rispetto al sciente la virtù dell'iscrizione fatta nel libro fondiario (C. civ. germ., § 892; e cons. Haidlen, *Bürg. Gesetzb.* Stuttg., 1897) II, su q. §, pag. 80 e segg.).

Le considerazioni or fatte, valgono a determinare la validità delle ipoteche inscritte *anteriormente* alla trascrizione del titolo d'acquisto già consentito dallo stesso concedente. V. App. Catania, 10 apr. 1896 in *Giur. Catan.* 1896, 99. Ma di ciò in seguito.

(1) V. su questo punto Chironi, *C. contratt.* cit., p. 264 e Aut. ivi cit.; e v. da ultimo Cass. Roma, 17 giugno 1896 in *C. Supr. di Roma*, 1896, II, 380; Cass. Torino, 21 agosto, 1896, in *Giur. Torin.*, 1896, 663.

Digitized by Google

dalla *pubblicità* dell'atto son costituiti in istato di scienza dello stato di chi contrae con essi: mentre se la risoluzione deriva da *c. antiqua*, il terzo è già in mala fede, o in colpa così grave da esservi equiparata, se non osservò, o non osservò come doveva, il titolo dal quale il suo autore derivava il suo diritto risolubile. Vero è che in qualche disposizione di legge (1), la risoluzione *ex causa nova* parrebbe operativa di effetto indipendentemente dalla trascrizion della domanda; ma, quando pur non si voglia ammettere che in questo caso il silenzio della legge rispetto alla retroattività dal dì della domanda trascritta (2) indica che la risolvibilità procede *ex c. antiqua*, la ragion del provvedimento speciale consisterebbe nel modo stesso col quale è accertato il *fatto* giuridico producente la risoluzione (3), Cosicchè la regola è data dall'ordinamento or descritto (4), e a tenore di essa si dovrà quindi misurare la validità delle ipoteche consentite e costituite (*iscritte*) da chi avesse sulla cosa onerata un potere risolvibile, e poi risolto.

19[VIII]. A chi avesse sì nel patrimonio, ma per titolo risolubile, il diritto ch'è oggetto dell'onere, vien agguagliato chi l'avesse per virtù di titolo *annullabile*. L'annullabilità dichiarata opera difatti

---

(1) Così, C. civ., a. 725.

(2) Perchè l'aver la legge taciuto della retroattività risaliente al giorno in cui è stata trascritta la domanda, par che debba suggerire altro criterio di decidere per questa *causa nova* di risoluzione: ma è davvero *c. nova*? V. la n. seguente.

(3) L'indegnità si riferisce di fatti ad uno stato della persona, già *esistente* sebbene non dichiarato, al momento in cui per l'apertura della successione, infirmava la *capacità* a succedere. Quindi par che la causa della risoluzione sia *antiqua:* nè importa si dica che l'acquirente non la conosceva nè era in colpa nel non conoscerla, obbligato com'è a sapere che il diritto suo è risolvibile sempre quando sia tale il diritto del concedente, pel fatto che o la condizion risolutiva è fatta inerire dalle parti alla *nascita stessa del diritto,* o vi è fatto inerire dalla legge.

(4) A meno che non si volesse interpretare la legge asserendo che in ogni caso, così dov'è espresso l'effetto retroattivo della risoluzione dal dì della trascrizione della domanda, come dove nulla è detto in proposito, si debba sempre osservare questa forma qual criterio misuratore della retroattività: e si potrebbe difendere la costruzione argomentando dal fine che il legislatore s'è proposto per fissare la certezza dei diritti, e coordinare l'interesse dei terzi acquirenti da chi, pendente la condizione, è titolare del diritto trasmesso, e quello del titolare cui il diritto ritorna per effetto della condizion risolutiva avverata. Ma la distinzione tra risoluzione *ex c. antiqua* e risoluzione *ex c. nova* è troppo fondata, per non connettervi lo sviluppo ulteriore del diritto positivo.

Digitized by Google

come la ragion di risoluzione avverata; e perchè è insita nel titolo, opera quasi fosse *ex c. antiqua* (1).

19[IX]. A questa figura della *capacità speciale* riferentesi alla necessità che il concedente abbia il potere attuale di disporre della cosa, si connettono altre questioni che, per distribuzione più corretta della materia, verranno esaminate in luogo più opportuno; così, della validità dell'ipoteca consentita sulla cosa da chi non è proprietario, ma a nome di chi lo è, si dirà ricercando qual sia il valore della concession dell'onere fatta dal *rappresentante* (2), ch'è pure il luogo in cui s'indagherà il potere del marito amministratore dei beni dotali, o di quegli altri cadenti nella pattuita comunion degli utili; e dell'ipotecabilità delle cose contenute nel patrimonio di una società civile, o di cose attualmente indivise, si dirà nel trattato delle *cose* sulle quali si può valevolmente concedere l'ipoteca.

Ma la *capacità speciale* di disporre assume altro e più proprio aspetto, quando s'intenda nel senso della possibilità giuridica che il concedente deve avere di *voler disporre* della cosa ch'è nel suo potere attuale: finora s'è considerata questa capacità riferita alla necessità che la cosa sia *attualmente* nel patrimonio di chi vorrebbe disporne, perchè la *possibilità* rispetto a quest'ultimo fatto suppone l'esistenza di quell'altro: e se pur si volesse dire che ciò non attiene alla capacità sibbene all' *idoneità* della cosa ad essere dedotta nel negozio, chiaro è che non potrebbe dirsi d'*idoneità* rispetto alla cosa per sè, quasi questa per considerazioni oggettive non sia atta a comportare la creazione del rapporto di sicurtà, bensì di una idoneità ch'è puramente relativa alla persona, e che per tal suo carattere si è qui considerata qual modo di essere della *capacità*. Ora, nella supposizione che il concedente sia capace per questo verso, la capacità sua intesa a *creare* l'ipoteca esiste quando per ragione di età, o di mente o di condizione familiare o patrimoniale non gli sia fatto divieto di disporre delle cose sue: se ciò fosse, egli, pur avendo attualmente la cosa nel patrimonio suo, non potrebbe condurre su di essa alcun atto valevole di disposizione, qual'è appunto il consentirvi l'onere della sicurtà reale.

---

(1) C. civ. art. 1978 cit.
(2) Vedi nel pres. cap. in f.

Digitized by Google

Al qual requisito si deve connettere ciò che s'è detto dello stato delle persone che per ragion d'intelligenza o di età, non possono partecipare valevolmente ad un negozio giuridico: certo, ancor qui s'ha col disconoscimento della possibilità giuridica di volere l'incapacità di disporre, come s'è avvertito pei minori non emancipati e per gli interdetti: ma scrutinando il contenuto dell'impedimento, ben si scorge che quell'*incapacità generale* si riferisce a difetto intero di volere, e perciò vi si accennò nel dire della *volontà* rispetto alla creazione del negozio giuridico (unilaterale o bilaterale) di pegno, mentre la *capacità speciale di disporre* or descritta si riferisce ad una condizione particolare della persona, che può non averla per difetto di sufficiente intelligenza che la legge supponga in essa, e indipendentemente da tal causa, per ragion del suo stato famigliare, o patrimoniale.

Di queste cause che dànno origine all'incapacità di disporre, la prima, contenente non l'impossibilità *generale di volere*, sibbene l'*impossibilità di volere la disposizione* (supponendo la legge che la gravità dell'atto richiegga un'intelligenza più sviluppata o meno difettosa di quella che il concedente ha), si riferisce alle due figure del *minore emancipato* e dell'*inabilitato:* ai quali è riconosciuta la possibilità (capacità limitata) di far atti di amministrazione, negata l'altra di disporre. Per il che, il negozio contenente disposizione della cosa sarebbe viziato per la parte cui essi concorressero: onde le questioni attenenti a tale annullabilità, e principalmente quelle intorno la conferma e l'effetto retroattivo suo in relazione ai diritti reali che validamente fossero stati concessi nell'intervallo dal confermante; del quale argomento s'è discorso esaminando il valore della conferma data ad atti non valevolmente compiuti da persone difettose della capacità generale di volere (1), nè, come si è osservato, in questa incapacità ristretta al *disporre* si contiene altro che la stessa incapacità generale limitata a certi atti di maggior gravità. E nello stesso modo che la disposizione delle cose spettanti ai minori ed agli interdetti non è legalmente valida, se non concorre a compierla la volontà di altre persone cui spetta la tutela e la rappresentanza degli incapaci, non lo è del pari se compiuta dai minori emancipati o dagli inabilitati quando non consti dell'assistenza del curatore, e del concorso delle altre formalità ordinate

(1) V. il § pr.

Digitized by Google

a garanzia di chi è posto in istato d'incapacità per vizio di età o di mente. Del che si dirà in seguito, studiando la concessione dell'ipoteca fatta per mezzo di *rappresentante.*

A). La *condizion famigliare,* e non più la ragion del sesso, od alcuna presunzione d'incapacità per minore intelligenza, è fondamento della legge odierna che impone alla *donna maritata* il vincolo dell'*autorizzazione maritale*, sostituita in alcuni casi dove questa pare inefficace protezione, dall'autorizzazione giudiziale(1). La legge cioè ha coordinato alla condizion della donna maritata due concetti distinti, e quindi due istituti di fondamento affatto diverso, che son quei due modi di autorizzazione: la posizion della donna nella famiglia, di cui il marito è il solo capo (perchè il potere dualistico conceduto ai due principali membri di essa ne sconvolgerebbe l'organismo ed il retto funzionamento), le assegna già uno stato di soggezione, e questo concetto ed il bisogno che il buon accordo presieda sempre alle relazioni coniugali a fin di consolidare sempre più l'ordinamento famigliare, giustificano l'autorizzazione maritale. Per il che la donna maritata non può valevolmente compiere senza l'intervento del marito quegli atti per cui la legge civile (2), e le altre leggi speciali regolanti il commercio (3) o la procedura penale (4), la esigessero specificatamente: e in difetto di tal formalità, l'atto di disposizione, e nella specie la creazione dell'ipoteca (5), sarebbe viziata dalla stessa *annullabilità* ch'è conseguenza del mancato concorso delle persone e delle forme che la legge richiede per gli atti di disposizione riferentisi al patrimonio del minore.

A differenza di questa specie di autorizzazione, la cui necessità vien meno quando il marito si trovi in tale stato da rendersi indegno di avere o di esercitare l'autorità maritale, o quando il buon accordo al cui mantenimento è pur diretto l'istituto, sia rotto per *colpa* del marito stesso(6), l'autorizzazione *giudiziale* (7) è ordinata nell'interesse diretto, immediato della donna maritata: lo stato di

(1) Cod. civ., a. 134-136.
(2) C. civ., a. cit.
(3) C. di comm., a. 13, 14.
(4) C. di proc. pen., a. 109: ma v. Benevolo, *La parte civile* (Tor. 1892), p. 33, t. e n. 2.
(5) C. civ., a. 134.
(6) C. civ., a. 135.
(7) C. civ., a. 136.

Digitized by Google

soggezione, di dipendenza, può mutarsi in istato di oppressione, e il buon accordo cangiarsi in condizione di soverchia arrendevolezza, che darebbe modo al marito di costringere la moglie a far cosa ch' essa non vorrebbe, o di rifiutarsi a conceder cosa che essa giustamente vorrebbe fare. Così, quella condizione famigliare per cui si giustifica l' autorizzazion maritale sarebbe corrotta, e perciò quest'istituto mal risponderebbe ad uno stato diverso da quello cui dovrebbe servire di cautela: lo stato coniugale della donna, da soggezione od arrendevolezza affettuosa degenererebbe in condizion grave di oppressione o di debolezza, e quindi la necessità di un istituto volto ad impedire questi corrompimenti dell'ordine famigliare, e a proteggere la donna oppressa o debole. In alcuni casi l' istituto surroga l'autorizzazione maritale, e ciò avviene quando ai fatti per cui quest'ultima è venuta meno, la donna con sua colpa abbia concorso (1); ma ancora qui fine della legge è la protezion della donna, meglio che il punirla dell'atto commesso. Tale la ragion di essere dell'autorizzazione giudiziale: cui è mestieri di ricorrere per la valida creazione dell'ipoteca che la donna maritata voglia concedere, quante volte l' autorizzazione maritale da espressa disposizion di legge sia dichiarata insufficiente all'uopo.

B) L'incapacità può derivare oltre che da insufficienza di età o di mente, da pena: e come vi son pene che rendono il condannato *indegno* di esercitare i proprî diritti patrimoniali e famigliari, così ve ne ha di altre che per indegnità gli tolgono l'esercizio dell'*autorizzazione maritale.* Quando s' ha la prima delle due condizioni or descritte, la persona è in istato d'*interdizione legale*, e le norme date all'interdizione giudiziale dichiarano qual sia la capacità del condannato: soltanto si deve avvertire, che la legge penale, nel determinare se la condanna induca *privazione del diritto* o *privazione dell'esercizio del diritto,* ha ordinato la nullità del testamento che il condannato avesse fatto anteriormente (2): nella qual eccezione ben si scorge che la privazione si riferisce al diritto, perchè altrimenti l'incapacità posteriore ad esercitarla non dovrebbe ledere l'atto valevolmente compiuto dapprima. La qual osservazione apparisce necessaria pel caso d' ipoteca creata nel testamento.

---

(1) C. civ., a. cit.
(2) Cod. pen., a. 33.

Digitized by Google

19ˣ. Fonte gravissima d'incapacità a creare l'ipoteca, è pure lo stato patrimoniale del concedente: il quale può trovarsi in tal condizione rispetto ai suoi beni, da rimaner privo, a seconda dei casi, di qualunque potere su di essi, oppure della sola disposizione: e ciò avviene quando i creditori, ai quali i beni dell'obbligato sono *garanzia comune*, esercitando il loro diritto di credito ne abbiano impreso la liquidazione, ch'è *generale* comprende ogni attività del debitore, e *speciale* se invece fosse ristretta ad uno o più beni particolari. Della prima specie s'ha esempio nello stato di *fallimento* in cui un commerciante sia caduto, e nella *liquidazione* d'una società commerciale (del qual istituto si dirà studiando la creazione d'ipoteca fatta da rappresentante), o della massa ereditaria nel caso di eredità beneficiata, e in certo modo anche nella separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede: della seconda nella procedura di esecuzione reale, in ispecie nell'espropriazion forzata degli immobili incominciante con la trascrizione del precetto (1). Ed è su quest'ultimo punto ch'è ben vivo il dibattito intorno al significato della legge, che dal dì dell'avvenuta trascrizione del precetto immobiliare asserisce tolto al debitore espropriando il potere di *alienare* l'immobile: dubitandosi, se nella voce *alienare* si comprenda pur l'altra d'ipotecare, e se questa ne sia esclusa così da ristringere l'impedimento all'alienazione propriamente detta. A risolvere la difficoltà è bene fissare anzitutto il concetto di cui nella regola speciale or descritta si ha l'applicazione, e cioè la condizione speciale che dall'iniziata procedura di liquidazione deriva al patrimonio od alla cosa che vi sian dedotti, di fronte ai creditori ed all'espropriando: la liquidazione ha per fine di rendere effettiva la garanzia costituita sulla cosa per via di un'alienazione specifica del valore, come avviene nella creazione del pegno o dell'ipoteca, o di quell'alienazione soltanto generica ch'è inserita nel rapporto di obbligazione (elemento *patrimoniale dell'obbligazione*): per conseguenza, se più persone hanno diritto al valore contenuto nella cosa in virtù di rapporto *reale* (pegno, ipoteca), o di un rapporto puramente *personale* (creditore chirografario), l'imprendere che uno faccia la liquidazione a fin di *determinare* il valore ch'è l'oggetto comune dei varî rapporti di garanzia propria ed impropria, afferma questo stato rimpetto a tutti gli

(1) C. civ., a. 2085.

Digitized by Google

interessati, perchè la sostituzione del valore alla cosa non può certo avvenire tante volte quanti sono i crediti pei quali la cosa serve di garanzia. Ossia, l'imprendere la *liquidazione* della cosa a fin di trarne il valore ch'è in essa ed al quale si riferisce il rapporto di garanzia, è atto *oggettivo*, nel senso che interessa quanti hanno sulla cosa tal rapporto di sicurtà: l'*oggetto* di questi rapporti è identico, sebbene vi si possano affermare con maggiore o minor efficacia, e la procedura volta a specializzarne l'oggetto vero, a determinare cioè il valore, sostituendolo rispetto a tutti alla cosa che lo contiene, fissa la condizione della cosa di fronte all'obbligato ed ai creditori concorrenti. Il diritto di specializzare il valore paralizza di necessità il potere di disposizione, non soltanto perchè questo potrebbe menomarlo o renderne altrimenti difficile l'esercizio, ma per l'entità stessa della liquidazione: se questa si compie per via dell'*alienazione* s'intende che non può rimanere all'obbligato un potere che dev'essere esercitato dai creditori instanti; e rimpetto poi ai creditori, la determinazione dell'oggetto che si vuol ottenere con la liquidazione, ed il diritto che ne consegue a concorrere sul valore, concernono soltanto quelli che avessero ragion di garanzia sulla cosa nel momento in cui vien fatta valere.

Questo istante segna dunque il momento in cui per l'esercizio del diritto di garanzia la cosa assume la condizione speciale descritta, riferentesi alla sua *trasformazione economico-giuridica:* in tale stato rimane nel patrimonio dell'espropriando, ma vi resta sottratta alla sua disposizione, e soggetta al potere dei creditori ch'essa è destinata a garantire nel tempo in cui il processo di tal trasformazione incomincia.

19ª. Il concetto esposto determina l'entità della condizione speciale or asserita alla cosa, e che si potrebbe significare con l'appellativo di « *stato di liquidazione* » (1), col quale si tende a trasformare la cosa

(1) Il termine di *liquidazione*, come indicante un istituto giuridico speciale, determinato, occorre nella legge commerciale (C. comm., a. 197), e in alcuni ordinamenti particolari riferentisi a certe figure di persona giuridica: come le casse di risparmio. Ma argomentando dal fine comune, appar chiaro che in questo istituto segnalato col proprio nome di « *liquidazione* » come in altri che hanno nomi speciali (e nel testo vi si accenna largamente), s'abbia una condizione particolare del patrimonio o della cosa, e un conseguente stato della persona rimpetto a quello od a questa, che può essere differenziato e segnalato col nome di « liquidazione » genericamente intesa: lo scopo comune che giustifica tal concetto, e quindi la co-

Digitized by Google

in *valore* a fin di soddisfare i rapporti di garanzia concorrenti su di essa: per il che si vede, che la trasformazione rappresentando l'esercizio di tali diritti, avvien di necessità a favore di quelli che ne fossero titolari al momento in cui la procedura esecutiva è iniziata, cosicchè le nuove garanzie che il debitore concedesse o i nuovi debiti che contraesse non possono più sussistere validamente sulla cosa, o riferirsi ad essa. La quale rimanendo nel patrimonio del debitore solo in istato di liquidazione, vi sta in una condizion transitoria che ne precede l'escita per via della vendita, e siccome ciò segue per via dell'esercizio che i creditori fanno del loro diritto di garanzia, il debitore non può menomare o modificare in alcun modo il rapporto in cui la liquidazione li mette verso la cosa, sottratta perciò alla sua disposizione; la sicurtà conceduta col pegno o con l'ipoteca, e la garanzia inerente all'obbligazione inducono cioè nei creditori il potere legittimo di alienarla, ed a tal concetto risponde esattamente la legge, che per effetto della trascrizion del precetto immobiliare attribuisce all'intimato la qua-

---

struzione che può esservi condotta, e che apparisce negli istituti ora raggruppati, è la *definizione dei rapporti di obbligazione riferentisi al patrimonio*. Ora, l'estensione di tal processo può comprendere il *patrimonio* intero, per sè, come avviene nella liquidazione *volontaria* delle società commerciali, o in quella *necessaria* imposta dalla legge (*eredità beneficiata*), o dall'autorità governativa (Casse di risparmio) o dalla *sentenza del magistrato* (liquidazione giudiziale: fallimento); e può riferirsi ad una *cosa* speciale, come avvien dell'istituto che ha nome di *esecuzione reale*, e ch'è regolato dalla legge di procedura. E s'intende che a seconda di questa estensione più o meno ampî son pure gli uffici attenenti alla definizione cui si vuol giungere: perchè tal fine induce la necessità (ch'è la caratteristica del processo che vi conduce) di mantenere il patrimonio nella condizione giuridica che ha nel momento in cui il processo liquidatorio s'apre, e quindi la *conservazione* sua, l'*esazione* dei crediti, il *pagamento* dei debiti, e la *trasformazion* delle cose in valore per potervi procedere. E ben si scorge che a tante funzioni si provvede con la liquidazione, quando nel suo processo sia dedotto il *patrimonio:* mentre allorchè vi sia dedotta una *cosa speciale*, le funzioni si riducono a *conservarla nella condizione giuridica che ha* nel momento in cui la liquidazione s'apre a fin di trasformarla in valore.

E come nel primo caso la funzione conservativa dell'istituto vieta che si facciano atti patrimoniali nuovi, all'infuori di quelli occorrenti pel fine della liquidazione (C. comm., a. 201), nel secondo vieta che sulla cosa l'intimato possa far novità che ne alterino la condizione giuridica. Così, dal riunire ordinamenti distinti nel concetto unico determinante di « *processo liquidatorio* » o « *stato di liquidazione* », si ha lo stromento che vale a misurare con esattezza il modo vario col quale l'identico fine giuridico-economico in questi istituti speciali è raggiunto.

Digitized by Google

lità di « *sequestratario* » della cosa dedotta nella procedura esecutiva (1).

Stabilito questo punto, che la *liquidazione* fissa il rapporto di garanzia (2), il diritto cioè al valore che si vuole conseguire, soltanto in relazione ai creditori cui spetti nel momento in cui il nuovo stato è incominciato, e che da tale istante la cosa pure rimanendo nel patrimonio dell' obbligato, perchè il rapporto di garanzia non toglie la proprietà, vi rimane in una condizione speciale: e che la liquidazione pel fine suo esiste rimpetto a tutti i creditori, anche se impresa da uno di essi, il quale avendo agito nel comune interesse ha diritto a ripetere con privilegio le spese sopportate; chiara apparisce la situazione giuridica del « patrimonio » o della « cosa » negli istituti or descritti. Nel « fallimento » il patrimonio del fallito viene in liquidazione, e la garanzia che i beni forniscono a tutti i creditori si determina con la privazione imposta al fallito di qualunque potere di amministrare e disporre, e con la costituzione in *massa* dei creditori a fin di ottenere sollecitamente la trasformazione delle cose in *valore*, e con ciò il mezzo di conseguire il *pagamento* dei crediti; nella « liquidazione » di società commerciale, questo stato non induce l' estinzione dell'ente, ma l' esistenza sua si restringe soltanto allo scopo di liquidare (3) ed il liquidatore non può fare operazioni creative di nuovi debiti che non siano attenenti a tal fine (4); nell'eredità beneficiata l'erede è amministratore nell'interesse dei creditori ereditari, nè vi ha perciò confusione di patrimonî, nè continuazione giuridica in lui della persona del defunto: egli amministra e liquida perchè i creditori possano conseguire il *valore* contenuto nei beni e ad essi alienato, nè gli è consentito di costituire nuovi debiti non riferentisi alle spese di amministrazione e liquidazione; nella separazion dei beni ereditari da quelli dell'erede, la figura di « *liquidazione* » vi apparisce nel senso che questo non può far cosa che alteri in modo alcuno la condizione dei creditori che l'hanno

(1) C. civ., a. 2085.

(2) C. c. civ. a. 1956, 1; v. il vol. I, nn.

(3) Cons. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.* (Par. 1892) II, p. 243, 244; Vivante, *Tratt. teor.-prat. di dir. comm.* (Torino, 1894) II, n. 688; Sraffa, *La liquid. della soc. comm.* (Firenze, 1891), n. 19; Norci, in *Foro it.*, 1891, col. 458 e seg. 828 e seg.

(4) C. comm., a. 201.

Digitized by Google

chiesta (1), e sebbene l' istituto non induca privilegio (2) dà agli instanti il potere di agire direttamente sui beni, e convertirli in valore, a fin di aver così il soddisfacimento dei crediti.

19[XII]. Nei quali istituti apparisce ben rilevata la virtù della liquidazione, per cui la trasformazione economica della cosa nel suo valore si compie a favore dei creditori aventi tal qualità nel punto in cui essa vien legalmente instituita: da questo momento la cosa non è più nel patrimonio dell'obbligato come oggetto suscettibile di nuove alienazioni di valore fatte per via di sicurtà reale o di costituzione di crediti, ma quale oggetto su cui si esplica con la procedura esecutiva la ragion di garanzia già esistente (3). Ond' è, che parrebbe fondata opinione questa di asserire la realità del rapporto anche a favore dei creditori che non avessero sicurtà *reale* sulla cosa: che cioè, se pel fatto della trasformazione che si vuol compiere su di essa, i creditori chirografarî v'insistono direttamente, esclusivamente, il divieto fatto al debitore di alienare risponde alla nuova condizione attribuita a creditori spogli in origine di garanzia reale (vera, propria).

E tale è difatti l'apparenza, perchè la ragion di credito si svolge con la liquidazione in modo diretto sulla cosa: ma questo aspetto di quasi realità sparisce quando si pensi che l' entità puramente personale del rapporto originario non si può mutare in reale pel solo fatto della procedura di esecuzione. I rapporti che in origine contenessero la sicurtà reale rimangono tali, nè per lo stato di liquidazione perdono alcunchè di loro efficacia, e la legge del fallimento, della separazion dei patrimonî, dell'eredità beneficiata e dell'espropriazione forzata, ben lo dimostra: e se pare che i rapporti personali (obbligazioni) assumano con la liquidazione l'apparenza or descritta, ciò avviene perchè s'effettuano rispetto alla cosa dalla quale si vuol trarre quel valore che per via dell'obbligazione è stato ge-

(1) C. civ. a. 969. E quel che s'avverte per l'eredità beneficiata, ben deve dirsi ancora nel caso di giacenza dell'eredità; vero che qui l'amministrazione può essere volta non solo all' interesse dei creditori, ma anche a quella di chi potrà raccoglierla in avvenire, ma ciò non toglie che *quando ciò avvenga*, il fine di *conservare* non si consegua per via della liquidazione.

(2) C. civ., a. 7054, 2055.

(3) V. il vol. I, p. 413 e segg.

Digitized by Google

nericamente alienato al creditore (1). L'insistere sulla cosa è cioè conseguenza della trasformazione che si vuol compiere, e questa insistenza, unita al restringersi della liquidazione ai creditori che avessero diritto al valore nel momento in cui la procedura esecutiva venne iniziata, non dànno dunque al rapporto una realità che originariamente non aveva; essa è semplicemente conseguenza dello stato di liquidazione, della procedura esecutiva reale.

19[XIII]. La ricerca or fatta, ed i risultati ottenuti, non incontrano difficoltà grave quando si voglia riferirli agli istituti descritti: la legge non ha nelle disposizioni sue alcuna locuzione che dia ragion di dubitare dell'entità del rapporto svolgentesi tra i creditori e la cosa in istato di liquidazione, e della posizion del debitore rimpetto ad essa. Il dubbio sorge nel definire i poteri che gli rimangono in conseguenza della trascrizione del precetto immobiliare, e si vuol legittimarlo col testo della legge che toglie al debitore il potere di *alienare*: onde la teoria, che la disposizione intenda a privarlo del solo diritto di *vendere* la cosa a fin di evitare ai creditori instanti l'inconveniente di far gli atti contro il nuovo possessore, ma non quello di concedervi *nuove ipoteche;* si osserva che quando la legge volle vietare questo potere lo disse espressamente, e che le nuove ipoteche consentite nessun danno possono recare ai creditori ipotecarî anteriori. Nè da ultimo, aggiunge questa dottrina, ai creditori puramente chirografari la trascrizione del precetto attribuisce rapporto reale veruno sulla cosa ch'è dedotta nella procedura esecutiva (2).

A favore della quale costruzione, fondata più che altro sulla locuzione della legge, vien pur detto che l'elaborazione storica che questa ebbe mostra come siasi inteso di eliminare il sistema già accolto di togliere espressamente il potere di alienare e d'ipotecare, e restringere il divieto soltanto a quello; e che nei lavori preparatori s'ha traccia di ragionamenti fatti a giustificare tal decisione, ch'è oggi accolta da gran parte della dottrina francese (3). E ancor questo

(1) C. civ., a. 2054, cit.; C. comm., a. 771 in f.

(2) In questo senso v. CHAUVEAU S. CARRÉ, *L. lois de la proc. civ.* (Par., 1880-1888), q. 2295; AUBRY et RAU, op. cit., § 266, t. e n. 37; PONT, op. cit., II, 623. Cass. Roma, 18 mag. 1896 (*Foro it.*, 1896, I, 529), e 28 genn. 1897 (*Legge*, 1897, 1, 319). Ma cfr. TROPLONG, op. cit., II, 413*bis*; GILLARD, op. cit., n. 164; e n. in *Foro it.* 1896, l. cit.

(3) Cass. Roma, *Foro it.*, l. cit.

Digitized by Google

riflesso è vero: ma ciò non toglie che il significato della voce « *alienare* » ch'è nella disposizione ricordata, non si debba anzitutto intendere in riguardo all'entità dell'istituto cui è riferita, ed alla condizione in cui la cosa dedotta nel precetto trascritto è nel patrimonio dell'intimato.

E ammettasi pure in via d'ipotesi, che la locuzion della legge si debba intendere così com'è, e cioè ristretta alla sola facoltà di *alienare* in senso specifico, di vendere: chiaro è, che se il divieto vien riferito alla capacità dell'intimato, col dedurne la necessità di mantenere l'incapacità entro i termini nei quali è stata ordinata dalla legge si afferma cosa apparentemente vera, ma in realtà non esatta, perchè l'*incapacità* qui non deriva da considerazioni di ragion personale sibbene dalla situazion della cosa; deriva cioè da una ragione oggettiva, dall'indisponibilità che necessariamente attiene allo stato di liquidazione. Cosicchè, argomentando da tal presupposto non par dubbio che lo stato descritto ripugni così all'alienazione propria, come a qualunque atto di disposizione che l'intimato voglia compiere rispetto alla cosa: la *liquidazione* determina il divieto all'intimato di alterare in qualunque modo la condizione dei creditori, che esercitando il proprio diritto di garanzia intendono a trasformare la cosa nel suo *valore* in modo che tale azione la lascia sì nel patrimonio dell'intimato, ma nello stato speciale che dalla liquidazione ha nome: l'intimato non può nè venderla, nè allienarne il valore in senso specifico concedendovi ipoteche, nè in modo generico costituendola garanzia (*generale*) di nuove obbligazioni. Come potrebbe dedurla in qualcuno di questi rapporti quando essa è sottoposta alla procedura di liquidazione, che, per l'oggetto comune dei varî crediti concorrenti, fissa su di essa la ragion della garanzia, rispetto a quanti son creditori nell'istante in cui la procedura esecutiva s'apre?

Per il che, dove s'argomenti dal concetto esposto, che cioè la cosa è in istato di liquidazione, e che questa opera egualmente nel caso che si svolga su di un patrimonio, come nel caso s'effettui su di una cosa speciale (1), non consentendo la sua entità distinzione alcuna su tal punto: apparirà ben giustificata l'interpretazion proposta d'intendere la voce *alienare* nel senso di *disporre*, e comprendervi così non soltanto il potere di alienare o d'ipotecare, ma

(1) V. la n. 1 a pag. 17.

Digitized by Google

benanco la possibilità giuridica che per via di nuovi debiti, o d'ipoteche giudiziali sia turbata la situazione acquisita ai creditori pel fatto della liquidazione (1). Nè così dichiarando la legge, si fa violenza veruna al testo; e pur ammettendo che la voce *alienare* sia disadatta a contenere tutto il pensiero del legislatore, o anche dubitando se giusta i precedenti legislativi non sia esatta la dottrina restrittiva qui combattuta, nella disposizione stessa s'hanno altri elementi che resecano al tutto la possibilità di tal dubbio. Non vi è detto forse che il debitore trovasi rispetto alla cosa in qualità di *sequestratario*? Come dimenticare l'importanza di questa qualifica, che enuncia nel modo più incisivo l'effetto dell'incominciata liquidazione, e toglie ogni gravità alla disputa intorno al significato più o meno esteso della voce *alienare*?

L'intimato è *sequestratario* della cosa: questo è il punto fondamentale della disposizione, e perciò ben s'intende com'egli non possa in tal qualità nè venderla, nè ipotecarla, nè mutare in altro modo la situazion dei creditori che insistono sulla cosa per trarne il *valore* ch'è loro dovuto, e sul quale concorrono pel soddisfacimento del proprio diritto a seconda del rispettivo grado: inutile quindi osservare che nella teoria contraddetta non si tien conto della regola per cui può *ipotecare* chi ha diritto di *alienare* (2), e ch'è sufficiente la concession del diritto di alienare per sottointendervi ancor quello d'ipotecare: al che mal si risponde che questa norma posta nell'ordinamento dell'ipoteca convenzionale enuncia un principio che in quel titolo è ovvio e generale, riferendosi alla capacità di volere. L'intimato è sequestratario della cosa: non dalla redazione oscura od insufficiente della norma intorno i poteri che gli rimangono, ma da tal determinazione si deve dunque argomentare l'estensione del diritto a lui attribuito rispetto alla cosa (3).

---

(1) V. la n. prec.

(2) C. civ., a. 1974. Sul rapporto tra il potere di alienare e quello d'ipotecare, e come e quando nel primo si contenga, senza che occorra a ciò una specifica dichiarazione, il secondo, v. il vol. I, pag. 452 e segg.

(3) S'intende agevolmente, deducendo dalla ragione stessa dell'incapacità or descritta, che siccome la *trascrizione* del precetto segna il momento in cui la liquidazione incomincia (C. civ., a. 2085), determina pure il nuovo stato giuridico del debitore rimpetto alla cosa dedotta nel processo liquidatorio: e però questo suo

Digitized by Google

19[XIV]. La ricerca precedente dà ora modo di risolvere senza difficoltà, altri due punti sui quali è non leggero il disaccordo: perchè di coloro che opinano sia compreso nel diritto di alienare ancor l'altro d'ipotecare, vi ha chi lo restringe all'ipoteca convenzionale, nel cui ordinamento è posta la regola che dà capacità d'ipotecare a chi ha capacità di alienare; escludendone così la possibilità di costituir sulla cosa dedotta nel precetto immobiliare trascritto l'ipoteca giudiziale, e quella di estendere la garanzia generale della cosa anche a debiti posteriormente contratti (1). Questa interpretazione deficiente rende affatto informe e contraddittorio il sistema della legge, e dà certo forza alla dottrina avversaria: se invece di costruire la teoria sulla semplice locuzione, si fosse ben penetrata la ragione intima dell'istituto determinando in che modo lo stato di liquidazione avvolga la cosa, e mostrando così in che rapporti essa sia verso i creditori precedenti, e verso il debitore nel cui patrimonio sta nella nuova condizion giuridica in cui è posta, non si sarebbe certo incorsi in difetti tanto gravi di costruzione.

Dai presupposti che si contengono nei risultati ottenuti s'inferisce invece, che, secondo avviene nella liquidazion del patrimonio, anche nella liquidazione ristretta a cose speciali l'intimato non può in alcun modo disporre di una cosa che non è nel suo patrimonio in qualità di cosa da lui alienabile, e quindi per tal condizione oggettiva di essa, neppure i creditori possono acquistarvi un diritto reale di sicurtà per via dell'ipoteca giudiziale: la cosa trovasi nel patrimonio dell'intimato in istato di liquidazione: l'intimato ha rispetto ai creditori la figura di *sequestratario*, e quindi nè egli può assoggettar la cosa come garanzia generale a nuovi debiti, nè

---

stato è subordinato alla validità ed alla sussistenza del precetto. Quindi, se il precetto fosse dichiarato invalido, o se fosse decorso il termine occorrente a farlo cadere in perenzione (C. civ. a. 2085 in f.), chiaro è che l'incapacità vien meno, e, per le conseguenze dell'*annullabilità*, le concessioni d'ipoteca fatte dall'intimato incapace hanno efficacia giuridica, pel fatto che rimossa la causa produttiva dell'incapacità il vizio vien meno. I fatti sanatori rimovono cioè l'incapacità, nel senso che la *causa* che la *originava* rimane soppressa *ab initio;* e d'altra parte questa incapacità non è dichiarata nell'interesse dello stesso debitore incapace, bensì dei creditori. Cons. Cass. di Palermo, 30 dic. 1897, *Giur. it.* 1898, 1, 1, 207; App. Genova, 1° marzo 1898 (*T. gen.* 1898, 152).

(1) Al che si giunge per via d'interpretazione puramente letterale della legge.

Digitized by Google

si può inscrivervi validamente un'ipoteca giudiziale. Vero, che la legge afferma questo divieto in modo espresso pel caso di eredità beneficiata, o di eredità giacente (1): vero, che dal silenzio tenuto su ciò nella disposizione in esame, si può arguire che abbia qui voluto toglierla; ma a che pro? Si può giuridicamente immaginare uno stato di liquidazione che abbia entità diversa secondo che verta su di un patrimonio, o su di una cosa speciale? Non vien forse questo stato determinato in modo incisivo, col dire che il debitore intimato ha qualità di *sequestratario?*

19[xv]. L'invalidità esiste dunque rimpetto ai creditori anteriori, la cui condizione non può essere danneggiata od in alcun modo alterata dagli atti del debitore-sequestratario; ma siccome può avvenire che dalla liquidazione qualcosa del valore rimanga dopo l'avvenuto soddisfacimento degli instanti, così su questa parte, che spetta al debitore, i nuovi creditori possono concorrere. Le nuove ipoteche, i nuovi crediti non si rivolgono dunque alla cosa in liquidazione, sibbene al *valore eventuale che da questa avanzerà al patrimonio dell'espropriato.*

19[xvi]. A difficoltà grave dà pur luogo la ricerca sugli effetti della nullità comminata all'ipoteca costituita da chi o contro chi si trovasse al tempo della creazione o della costituzione del vincolo in istato di fallimento (2). E ricercando anzitutto la capacità di creare l'ipoteca per via della legittima disponibilità della cosa, l'ordinamento che la legge ha intorno la nullità o la presunzione di non sincerità degli atti compiuti dal fallito nell'intervallo tra la dichiarazione del fallimento e la data della cessazion dei pagamenti, insegna qual sia la virtù della concessione di pegno o d'ipoteca fatta in tal tempo. Perchè la legge, se giustamente ha fatto incominciare lo stato di liquidazione del patrimonio dall'atto che, riconosciuti i fatti che vi dàn causa, lo dichiara, e cioè dalla sentenza dichiarativa del fallimento, non poteva certo non preoccuparsi del periodo anteriore in cui, nonostante gli sforzi posti in opera per ripararvi o gli accorgimenti tentati ad occultarlo, apparisse certo il rovescio della fortuna patrimoniale tra le passività non rimediate, o mal ri-

(1) C. civ., a. 1971.
(2) C. comm., a. 709, 4°.

Digitized by Google

mediate: così, al pericolo che pei creditori è nel tardo aprirsi della liquidazione, si provede reintegrando il patrimonio del fallito con la fissazione della data della cessazion dei pagamenti. E qui la legge, mentre ha dichiarato l'invalidità degli atti compiuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa del fallimento (1), perchè lo stato di liquidazione gli toglie, secondo si è osservato, ogni potere di disposizione (2), nella reintegrazione descritta procede invece con la maggior cautela: sebbene il fatto accertato della cessazion dei pagamenti induca per sè grave sospetto intorno la verità degli atti che il fallito ha potuto compiere durante questa condizione anormale del suo patrimonio, essa s'è pur preoccupata della buona fede di chi ha contratto con lui, e secondo la natura dell'atto e secondo la maggior vicinanza di esso al tempo della dichiarazione del fallimento, ha presunto più o meno gravemente la frode che lo vizia.

Vero è, che l'azione revocatoria è ricordata espressamente dalla legge (3) tra i rimedi che la massa ha contro gli atti che siano fatti in frode della garanzia generale che le spetta; ma se ben s'osserva, quantunque l'azione revocatoria sia determinata qual rimedio generale spettante ai creditori anche per gli atti compiuti anteriormente alla cessazion dei pagamenti, chiaro è, che siccome la reintegrazione del patrimonio, in quel modo che la legge provvede, s'ottiene mediante la revoca degli atti compiuti dal fallito, anche le altre disposizioni contengono l'applicazione diretta a casi speciali dei principî da cui l'azione revocatoria è governata. Lo scopo dell'atto è perciò talvolta sufficiente a determinarne l'annullamento, come avviene per gli atti di liberalità (4), e qui è evidente la conformità del provvedimento ai criteri su cui è condotta l'azione revocatoria: in altri casi poi, l'indole dell'atto, e gli elementi che lo costituiscono (5), oppure la maggior vicinanza della sua data al giorno della dichiarazion del fallimento (6) determinano o la presunzione assoluta del concorso di frode, e quindi ne avviene la revoca senz'altro,

(1) C. comm., a. 707.

(2) E, per via della liquidazione, affermante il diritto dei creditori sul patrimonio costituente la loro garanzia generale, essi succedono come *massa* al fallito nell'amministrazione dei beni.

(3) Cod. comm., a. 708.

(4) C. civ., a. 1235.

(5) C. comm., a. 709.

(6) C. comm., a. 709 in f.

Digitized by Google

oppure una semplice presunzion di frode, contro la quale è ammessa la prova contraria. Per conseguenza, secondo il sistema della legge, in alcuni casi è pronunciata la revocazione, e in altri è soltanto presunta la revocabilità, nè vi è quindi bisogno d'instituire l'azione revocatoria: ch' è provvedimento a parte, nel solo senso che negli altri ordinamenti il suo contenuto (la revoca) o vi è affermato, oppur vi è soltanto presunto, col diritto allora agli interessati di provare il contrario.

19[XVII]. Gli atti ai quali si riferisce l'ordinamento or descritto, e che si può titolare di *reintegrazione del patrimonio in istato di liquidazione*, son quelli ai quali concorre direttamente la volontà del fallito: e ben lo dimostra la dizione stessa della legge, e la descrizione degli atti in cui si è ritenuto ch'esista, od è soltanto presunto vi sia, il concorso del volere frodolento. Tra i quali è pur compresa la creazione di pegno o d'ipoteca (1), e, quando il creditore cui venne fatta la concessione non dimostri di aver agito in buona fede, sta la presunzione della legge, e quindi l'annullamento dell'atto *rispetto alla massa dei creditori* (2).

E sorge qui dubbio intorno al sapere se dato il caso esistano sull'immobile altre ipoteche valide posteriori in grado a quella infirmata dalla presunzione di frode, l'invalidità di questa possa profittare a quelle: e la ragion di dubitare è tutta nella locuzione della legge, che riferendo il vantaggio dell'annullamento alla massa, par che ne escluda i creditori aventi ipoteca posteriore. Il dubbio vien risoluto in senso favorevole a questi creditori, e al risultato si giunge mediante due costruzioni diverse: o senza dar esagerata importanza alla dizione, s'argomenta dallo stato ipotecario della cosa onerata, e si afferma che se la nullità toglie la ipoteca anteriore avvien per necessità che la posteriore valida di ciò s'avvantaggi: o s'argomenta dal testo, e si osserva che la locuzione *massa dei creditori* non si può riferire ai soli creditori chiro-

(1) C. comm. a. cit.

(2) C. comm., a. cit. in pr. Cosicchè, chiaro apparisce che il fallito non può in nessun caso opporre tal vizio derivante da incapacità ordinata non a favor suo, bensì nell'interesse de' creditori, per effetto del processo liquidatorio (v. Baudry-Lacantinerie e Loynes, op. cit., II, 1351 t. e n.); e neppure possono opporlo i creditori *uti singuli*, perchè la liquidazione si effettua nell'interesse dell'*universitas* loro (App. Parigi, 29 dic. 1887, in *J. de Sir*, 1892, 1, 145).

Digitized by Google

grafari, e che per la generalità con la quale è adoperata vi si comprendono anche gli ipotecari (1). Altre dottrine insegnano invece, che l'annullamento è ordinato a favor della massa e per conseguenza le ipoteche posteriori non possono approfittarne, perchè altrimenti l'effetto dell'invalidità non sarebbe quello che il legislatore ebbe in vista ordinando la presunzion di frode: ma posto questo concetto, chiaro è che se la nullità dell'ipoteca anteriore impedisce tuttavia ai creditori ipotecari posteriori di migliorare la propria posizione, l'ipoteca non sarà effettivamente nulla, e cangierà soltanto il soggetto al quale il rapporto di sicurtà reale era in origine consentito: si avrà cioè un'ipoteca annullata, eppure esistente a vantaggio della massa separatamente dal credito, perchè l'annullamento dell'ipoteca non deriva da vizio infirmante la costituzione del credito garantito.

A costruire in modo da potersi giungere a tal risultato superando le gravi difficoltà che vi s'oppongono, si ricorre a varî concetti: si ritien da alcuni, che posto l'annullamento a favore della massa, questa venga senz'altro surrogata nell'ipoteca infirmata; ma qui apparisce evidente il difetto già segnalato, perchè il principio di contraddizione non consente si produca con surrogazione del titolare in un rapporto già annullato: e, s'aggiunga, surrogazione nell'ipoteca, come rapporto per sè stante (2). Altri pensa che il creditore ipotecario debba esercitare il suo diritto di sicurtà reale che si mantiene intatto rimpetto agli altri creditori ipotecarî, e versarne poi il valore ottenuto alla massa, a cui vantaggio l'annullamento è ordinato (3): ma non s'avverte che se l'ipoteca è nulla non può essere fatta valere da alcuno, e in ispecial modo dallo stesso creditore: vero, che con questo espediente vien tolta la difficoltà accennata della sostituzione della massa come soggetto del rapporto d'ipoteca, ma la ragion della nullità resiste a che lo si accolga, non potendosi ammettere che il creditore dell'ipoteca annullata l'eserciti, e per giunta l'eserciti non per sè, ostandovi l'annullamento, bensì per altri.

---

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. 1356; Laurent, in *J. de Sir.* 1892, 1 145; e Cass. fr. 11 dic. 1889 (*ib.*).

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1356.

(3) App. Parigi, 29 dic. 1887 in *J. de Sir.* l. cit. *in n.*

Digitized by Google

Questa sostituzione che la prima delle due dottrine descritte consente formalmente, e che la seconda concede per via dell'artificio di mantenere in apparenza il creditore nel rapporto d'ipoteca, par che sia eliminata da una terza costruzione che attribuisce la ragion della nullità all'intendimento di evitare alla massa il danno che altrimenti potrebbe avere; e argomenta dal presupposto, che il diritto derivante dalla nullità ordinata si restringe all'utile ristretto in tali termini. Così, se l'immobile fosse gravato da una prima ipoteca di lire 1000, e da una seconda di lire 1500, e la vendita desse poi il ricavo di lire 2000, alla massa, reputandosi inesistente a favor suo l'ipoteca anteriore, rimarrebbero le lire 500 che avanzano sul valor totale dalle lire 1500 della seconda ipoteca: ma siccome l'annullamento della prima ipoteca non esiste rispetto alla seconda, e questa nel concorso con quella reputata valida avrebbe ottenuto sul ricavo delle lire 2000 il collocamento per sole lire 1000, così in confronto al creditore primo inscritto il posteriore non può migliorare la condizione che avrebbe avuto senza la dichiarazione di nullità, e perciò il suo diritto si ridurrà alle lire 1000, e le lire 500 residuali verranno assegnate all'ipoteca anteriore (1).

La qual costruzione par che ponga in giusto accordo gli interessi della massa e la condizione dei creditori posteriormente inscritti: ma in realtà, gli inconvenienti osservati nelle due dottrine esaminate sussistono ancor qui, e con più grave contraddizione nei risultati. In definitiva, la prima ipoteca viene e non viene annullata: se, in conformità alla legge, l'annullamento è indubitato, per qual titolo al credito anteriore si dovrà attribuire in parte il valore dell'ipoteca che inutilmente gli accedette? S'obbietta, è vero, che l'ottiene perchè l'annullamento non deve profittare al creditore posteriormente inscritto, e non s'avverte invece che quel che gli viene attribuito è di necessità un *danno* per la massa, che dalla nullità non trae quindi tutto il vantaggio al quale ha diritto: ossia, dell'annullamento la massa s'avvantaggierebbe soltanto in parte, perchè nell'esempio esposto, porzione dell'ipoteca sarebbe ancora efficace a favor del creditore inscritto. Che se poi si cangia l'esempio, e si

(1) Il criterio che informa questa teoria è, che l'ipoteca anteriore vale se non nuoce alla massa, non vale se le nuoce: ma non vale nella misura rispondente a tal pregiudizio.

Digitized by Google

suppone che lo stabile sia venduto per il valsente della seconda iscrizione, o per meno, la massa, secondo i criteri della teoria esposta non avrebbe danno, e nulla percepirebbe: mentre al creditore anteriore, nonostante l'annullamento, rimarrebbe sempre il diritto di ottenere di fronte al secondo, non parte del collocamento utile che senza la nullità avrebbe ottenuto, ma il collocamento intero. E allora, qual sarebbe il significato, quale la virtù della nullità pronunciata?

19[XVIII]. Parrebbe quindi risoluzione più corretta quella ch'è proposta dalle teorie che comprendendo nella locuzione « *massa dei creditori* » anche i creditori ipotecari, perchè la legge quando volle distinguerli titolò gli altri di « *massa dei creditori chirografari* » (1), dichiarano che della nullità i creditori posteriormente inscritti non si s'avvantaggiano, come se essa in loro profitto fosse ordinata: tolta l'ipoteca anteriore, essi per necessità di cose, e senza che il loro diritto sia vantaggiosamente mutato, esercitano il proprio rapporto di sicurtà reale senza l'ostacolo dell'iscrizione precedente. Ma se ben s'avverte, il risultato in questa dottrina esorbita dalle premesse: chiaro è, che concedendo sia esatto il valore dato alla locuzione « *massa dei creditori* », di questa interpretazione s'avvantaggiano soltanto i *creditori ipotecari*, non la generalità: si argomenta cioè dal senso generale della locuzione adoperata, per restringere ad una classe di creditori quell'utilità che la legge ha voluto concedere a tutti, riferendola, come ha fatto, alla *massa* generalmente intesa. Ciò posto, si potrebbe tentare un'altra costruzione, e quindi proporre un altro risultato forse meglio rispondente alla legge: intesa l'ipoteca anteriormente inscritta come alienazione non di tutto il valore, sibbene di parte del valor della cosa dedotta nel rapporto, l'annullamento si riferisce alla sicurtà, toglie cioè al creditore cui era stata conceduta il diritto a questa parte speciale del valore, per rimetterla nella garanzia generale consentita ai creditori. Nè il creditore posteriore da ciò può aver danno, perchè la sua condizione non varia da quel ch'era e che sarebbe stata quando l'ipoteca anteriore non fosse caduta in nullità: egli mantiene sempre inalterato il suo diritto al valor della cosa secondo il grado

(1) Per es. C. comm., a. 777, 778.

Digitized by Google

che gli deriva dall'iscrizione, e se il valore totale è assorbito dall'ipoteca anteriore, ciò non deriva certo dall'annullamento seguìto.

Questa risoluzione s'avvicina assai nei risultati a due delle teorie esaminate dianzi sull'effetto dell'annullamento avvenuto, ma differisce di molto quanto al modo di costruire. Qui non s'è detto di sostituzione della massa, per mezzo del curatore nell'esercizio dell'ipoteca, e tanto meno di questo esercizio affidato allo stesso creditore titolare della garanzia annullata: l'ipoteca è considerata nella sua entità giuridico-economica di alienazione del valore contenuto nella cosa onerata, e consentita a fin di sicurtà, cosicchè l'annullamento ch'è limitato espressamente a favore della massa cui è consentito (1), opera nel senso, che la parte del valore dedotta in questo rapporto è senz'altro rimessa nel patrimonio liquidando, in qualità di garanzia generale. Per conseguenza, se avvenuta la liquidazione della cosa onerata, della parte di valore così rientrata nel patrimonio qual sicurtà generale, rimanga, dopo la destinazione che questa ha, alcun residuo, vi potranno esperire i loro diritti di sicurtà reale, secondo il rispettivo grado, i creditori ipotecari posteriori: e se niente avanzasse, i creditori rimasti perdenti entreranno, secondo la legge, nella massa dei creditori chirografari, e in tal qualità concorreranno pure sulla parte di valore relativa all'ipoteca anteriore, annullata, come s'è detto, a beneficio della massa.

20. L'*effetto* dell'incapacità or descritta, incapacità speciale derivante da considerazioni oggettive, dalla mancanza di tal rapporto tra la persona e la cosa che attribuisca al concedente il potere di *disposizione attuale* necessario alla creazion valida dell'ipoteca, è che il negozio è *nullo*, e la nullità esiste a favore del contraente il quale non sapeva o senza sua colpa non si trovava in tali condizioni da poter sapere dell'incapacità del concedente (2): e ciò avviene a differenza di quel che s'avverte nell'incapacità *generale*, anche se ristretta, derivante da difetto di età o di mente, che ordinata a

(1) Qui si concilia dunque il contenuto dell'ipoteca con l'annullamento: il quale, secondo i principii generali, dovrebbe per necessità profittare al creditore inscritto posteriormente, e se ciò non avviene, n'è motivo la restrizione ordinata a favore della massa. L'annullamento cioè è qui relativo, e quindi gli effetti son limitati a vantaggio di chi può instarvi.

(2) In applicazione del concetto della *dilig. in contrahendo* di già ricordato.

Digitized by Google

tutela dell'incapace, produce soltanto a suo beneficio la nullità del rapporto mal consentito.

La costruzione proposta, che nel caso di mancanza intera di disposizione attuale argomenta sì da considerazioni oggettive, da indisponibilità cioè della cosa, ma riferisce tal qualità alla persona rispetto a cui esiste, dà modo di risolvere la questione della possibilità che del vizio infirmante la concessione si valga anche il concedente. Perchè non è dubbio il diritto dei creditori, anche chirografari, o di chiunque abbia interesse legittimo sulla cosa, ad opporre la nullità dell'ipoteca conceduta da chi mancava del potere attuale di disporre (1): ma si disputa se egual diritto spetti al concedente. Chi, come s'è osservato studiando la validità dell'ipoteca consentita su cosa altrui crede sia la concessione viziata d'inesistenza, deduce giustamente da questo presupposto l'esistenza del

(1) Certo, quando s'argomenti dal concetto d'« *inesistenza* » come ragion viziante la concessione ipotecaria, la dottrina esposta non incontra difficoltà; chiunque possa avervi interesse può eccepirla e valersene. Ma si potrebbe dubitare se ciò egualmente stia, secondo la teoria che riduce l'invalidità a semplice « *annullabilità* », com'è detto nel testo: perchè, dei creditori o di altri che prima della convalidazione abbiano acquistato e conservato diritti sulla cosa, s'intende la ragion fondata di approfittarne, ma altrettanto non parrebbe pei creditori *chirografari*, i quali essendo *aventi causa* del debitore, e non avendo modo di ampliare la garanzia *comune* che loro dà il *patrimonio* dell'obbligato (Cod. civ., a. 1949), par che siano tenuti a togliere questa garanzia in quello stato che dal debitore è ridotta pei nuovi aggravî, reali o personali, purchè tale atto non sia inquinato da frode secondo i termini della paulliana (Cod. civ., a. 1235). Argomento restrittivo non buono; i creditori chirografari in quanto hanno diritto, per l'entità nuova del rapporto di obbligazione, di agire sul *patrimonio* (o meglio sulle *cose* che vi son contenute, perchè il *patrimonio* come tale è dedotto soltanto nella liquidazione commerciale, nell'eredità beneficiata, e nella separazione dei beni del defunto), e sul *patrimonio* com'è nel momento in cui è impresa la liquidazione, paiono *aventi causa* del debitore; e gli atti patrimoniali di quest'ultimo dovrebbero perciò obbligarli così come obbligano il debitore stesso. Ma qui non s'avverte che se sono aventi causa dall'obbligato, son pure *terzi*, nel senso che il diritto loro di agire sul patrimonio nasce dal contenuto del rapporto di obbligazione che determinatamente li concerne; quindi, come *terzi*, la legge impone loro il rispetto agli atti patrimoniali compiuti dal debitore, purchè siano state in ciò osservate le forme che in riguardo di essi sono ordinate; e sempre come terzi hanno interesse a che il patrimonio sia dichiarato libero da quei pesi e da quelle diminuzioni invalidamente consentite dal debitore, e questo interesse è loro proprio, è patrimoniale, tale essendo di regola, la natura dell'azione d'invalidità, tendente alla « *conservazione* » del patrimonio com'era prima dell'atto diminutivo non valevolmente costituito. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. II, n. 1312.

Digitized by Google

vizio rispetto a chiunque, e attribuisce anche al concedente il diritto di opporla (1); altri poi, pur non ammettendo la semplice annullabilità, nega tal risultato, argomentando dall'obbligazione di garantire imposta al concedente: *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (2).

Certo, quando s'accolga la dottrina insegnante l'inesistenza del negozio mal si possono restringerne gli effetti, così da negare al concedente il diritto di valersene. Per la natura intima sua l'*inesistenza* è tal vizio che ognuno degli interessati può opporla; e sebbene a questa obbiezione si possa rispondere, che secondo la teoria qui esposta intorno la *consensualità* che nel diritto odierno regola la trasmission dei diritti reali, l'*inesistenza* che colpisce l'effettuazione del negozio non toglie l'obbligo preesistente di effettuarlo, onde la ragion della garanzia vietante al concedente di valersi del vizio; pure, facendo rientrare, come s'è proposto, nel concetto d'*incapacità* anche il difetto di disposizione attuale della cosa che fosse fuori del patrimonio del concedente, la risoluzione apparisce ancor più netta. Si potrebbe cioè dire, che l'*incapacità* derivante da tal fatto, esiste rimpetto all'altra parte verso la quale il concedente s'è obbligato di dare (e ciò dimostra perchè, di regola (3), nella donazione non esiste obbligo di garanzia pel donante): cosicchè, non

---

(1) Conseguenza legittima della teoria che nell'invalidità scorge l'inesistenza dell'atto. Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 266; COLMET DE SANTERRE, op. cit. IX, 92 *bis*, VI.

(2) Vero è, che da questa obbligazione di garantire par che debba rimanere distinta l'efficacia della concession dell'ipoteca: quella spiegherà i suoi effetti in vario modo, secondo si tratti dello stesso debitore oppure di un terzo che abbia consentito l'onere, e questa, come *concessione del diritto reale* sarà inesistente. Con maggiore determinazione si può dire, che il debitore il quale *non potè efficemente* concedere l'ipoteca e domanda si dichiari l'inesistenza della concessione stessa, perderà il benefizio del termine, in causa del non aver dato la garanzia promessa (C. civ., a. 1176), e che, soltanto nel caso non gli fosse imputabile colpa veruna rispetto a tale inefficacia, potrà chiedere di essere ammesso a dare il supplimento dell'ipoteca mancata (Cod. civ., a. 1980); quando poi il concedente fosse un terzo, a parte la garanzia vera cui egli può essere tenuto, anche sul debitore possono gravare le conseguenze or descritte, nel caso che la garanzia fosse stata da lui promessa. Ma l'obbligazion di garantire non farà sì che, rispetto al debitore concedente l'atto viziato di inesistenza, si debba ritenere come se non lo fosse, nel senso ch'egli non può far valere questo difetto? Tal conseguenza non verrebbe netta dal concetto di *c. in contrahendo?* V. in seg.

(3) C. civ., a. 1077.

Digitized by Google

riferendosi essa al concedente, ma esistendo contro di lui, perchè si deve supporre in chi trasferisce il diritto di trasferire, e la volontà di trasferire perchè sa di poterlo, chiaro è che il difetto di potere rende il concedente incapace rimpetto all'altra parte, che non avrà poi diritto di valersene quando ne aveva o, potendo, doveva averne cognizione.

Verrebbe in tal modo meglio costruita la teoria dell'incapacità: relativa sempre, darebbe azione per la dichiarazion della nullità a favore della persona nel cui interesse è ordinata: al concedente cioè, quando derivasse da vizio di mente o difetto di età: all'altra parte, se derivando essa da difetto nel concedente di potere attuale sulla cosa, le desse il diritto a chiedere la garanzia della concessione seguìta.

20'. Il vizio derivante dall'incapacità or descritta può essere sanato, perchè la possibilità della sanatoria ulteriore è la caratteristica dell'annullabilità: e se per l'incapacità speciale derivante da vizio di mente o difetto di età, valgono i concetti esposti nel trattato della sanatoria rispetto all'incapacità generale (1), per quella poi che deriva dal difetto di potere attuale sulla cosa onerata, è sufficiente rammentare le dottrine esaminate e la teoria proposta nello studio intorno l'ipoteca conceduta su cosa altrui (2). Nè occorre aggiungere che nei casi in cui l'incapacità deriva dallo stato di liquidazione riferentesi al patrimonio od alla cosa specialmente considerata, la cessazion di essa per accordo, o per fatto (fosse anche non fatto: la perenzione del precetto trascritto) del creditore instante, induce la convalidazione delle ipoteche già invalidamente consentite.

Un'osservazione convien aggiungere al modo di costruire l'annullabilità dell'ipoteca consentita su cosa altrui, che s'è fondato sul concetto dell' *incapacità speciale*. Che da tale presupposto la conseguenza della sanatoria possibile sia dedotta legittimamente, non par dubbio, restringendo, s' intende, questa possibilità fino al momento dell'iscrizione, come s'è avvertito (3); ma quando pur si volesse

(1) V. il § prec.

(2) V. la n. prec.

(3) L'affermazione si fonda sul modo d' intendere l' entità dell' iscrizione. V. in seg. la n. 1 a p. 26.

Digitized by Google

costruire sul concetto dell'inesistenza, si verrebbe all'identico risultato. Perchè riferirendosi l'inesistenza all'iscrizione e non al titolo creativo dell'ipoteca, questo conterrebbe sempre l'obbligazion del concedente di effettuare la concessione pattuita: ora, la mancanza del potere attuale sulla cosa renderà *inesistente* l'effettuazione inutilmente avvenuta, non potendo avvenire trasferimento della proprietà o costituzione di diritto reale, quando manchino a ciò i termini abili, e in ispecie il diritto presupposto nel concedente: ma se l'inesistenza colpisce questo punto, l'obbligazione precedente sta, e quindi, se in avvenire entrerà nel patrimonio dell'alienante il potere allor manchevole, non vi sarà più ostacolo a che l'effettuazione possa abilmente seguire, senza che sia mestieri di nuovo atto. Così s'intende la sanatoria rispetto alla vendita: nè altrimenti avvien dell'ipoteca, potendo il creditore procedere a nuova e valida iscrizione del rapporto di sicurtà (1).

20[II]. La sanatoria può derivare, nell'ipotesi or descritta, dall'intervento del legittimo proprietario della cosa o titolare del diritto onerato di sicurtà, che acconsenta con atto posteriore alla creazion dell'onere non valevolmente conceduto da chi era privo del potere attuale a ciò necessario: in questo atto non s'ha la *ratifica*, che dev'essere ristretta alla figura speciale della rappresentanza, e la conferma del negozio così effettuata non si riferisce poi al proprietario o terzo interveniente, che non v'entra neppure come terzo costituente l'ipoteca: l'atto si limita a riconoscere nel concedente quel potere che gli mancava nel tempo della seguita concessione, è rinuncia del vero titolare del diritto ad opporre l'inesistenza che rimpetto a lui avrebbe la creazione della sicurtà da altri mal consentita. Tra il confermante (ratificante in senso largo) ed il concedente, il negozio che induce la conferma dell'ipoteca avrà il contenuto di *alienazione del valore della cosa*, in proporzione alla entità dell'onere conceduto: quindi gli atti esecutivi non saranno rivolti contro il confermante, bensì contro il concedente (sia esso il debitore od un terzo), il quale per la conferma è reputato aver sulla cosa diritto ad una parte del valore ch'è in essa (2).

---

(1) V. il n. seg. Su questa figura speciale di ratifica cons. WINDSCHEID, op. cit. §§ 83, 172, 172[a], t. e n.

(2) Qui la « ratifica » si riduce a *concedere* al costituente il potere mancatogli al momento della concessione.

Digitized by Google

In tal modo s'ha la figura del *diritto di poter concedere l'ipoteca su cosa altrui,* risultante da conferma, da atto posteriore alla concessione avvenuta: perchè niente s'oppone a che tal diritto sia consentito fin da principio, in modo da derivarne al titolare il potere di costituire l'ipoteca per tutto, o per parte del valore dedotto nell'alienazione ch'è già avvenuta a favor suo. In entrambi i casi, il potere di concedere l'ipoteca su *cosa altrui* esiste in conseguenza del diritto che sul valore della cosa spetta al concedente: e, secondo occorse già di osservare descrivendo gli effetti della ratifica, quando la conferma (*autorizzazione data dal titolare*) sia fatta con atto posteriore alla concession dell' ipoteca, i diritti reali che il confermante avesse costituito anteriormente sulla cosa, non possono averne modificazione alcuna. Della necessità di rinnovare la iscrizione, quando la conferma avvenga posteriormente, si è pur detto: questa formalità effettuata senza che nel concedente concorressero i termini abili a compierla, non è soltanto viziata, e manca invece della ragion legittima di essere (1).

21. La creazione dell' ipoteca (non la semplice dichiarazione di volontà diretta a consentirla) può essere voluta dal *rappresentante* la persona che ha nel suo potere attuale la cosa od il diritto su cui vien conceduta la sicurtà: e coordinando i principî che governano la rappresentanza e la valida concession dell' ipoteca, si ha che a tal fine occorre: 1° che il rappresentante abbia l'autorità di consentire questo atto; 2° che la cosa od il diritto dedotti nel rapporto esistano nel patrimonio del rappresentato. Di quest'ultimo termine non occorre dir altro dopo le ricerche ed i risultati ora esposti: del primo basterà dire, che la *volontà* costituente il rapporto di rappresentanza (rappres. *volontaria*), oppure la *legge* che in alcuni istituti l'ordina (rappres. *necessaria*), debbono asserire

(1) V. pag. 94. La distinzione qui posta, e che contraddice alla dottrina generalmente insegnata, ha la sua ragion di essere nel modo di concepire l'entità della iscrizione; perchè se è atto meramente conservativo, par che la sanatoria debba pur coprirla della propria virtù: ma s'è atto per sè stante, in quanto vi si contiene la *costituzione* vera del rapporto d' ipoteca, se sta di fronte all'atto contenente la sola concessione come nel diritto germanico l' iscrizione nel libro fondiario sta di fronte al negozio che abilita a compierlo, chiaro è che l'*annullabilità* della *concessione* si converte in *inesistenza* della *costituzione.* Di ciò si dirà in seguito, nello studio intorno l'entità dell'iscrizione.

Digitized by Google

chiaramente al *rappresentante* il potere di concedere ipoteca. Perciò la presunzion legale che il mandato concepito in termini generali comprenda soltanto la facoltà di far atti di semplice amministrazione (1), supponendosi giustamente che se il mandante avesse inteso di concedere il potere ben più grave di disporre, non l'avrebbe taciuto: e supponendosi pure, per via di un criterio più esteso d'interpretazione, che l'attribuzion fatta ad altri di esercitare i proprî diritti non si debba estendere oltre quanto chiaramente s'è voluto concedere, oltre cioè quel termine che la *fiducia personale* pone alla rappresentanza. Se quindi la rinuncia ad esercitare direttamente il proprio diritto, investendo di ciò un'altra persona i cui atti il rappresentato dichiara di tenere per suoi, non è più ampia di quel che s'è voluto nell'atto, chiaro è che il semplice mandato di *alienare* non può comprendere anche la facoltà d'ipotecare: non si può argomentare qui dal principio asserente capacità d'ipotecare a chi avesse già quella di alienare, sibbene dall'estensione della volontà investitrice e misuratrice dei poteri consentiti dal rappresentato, il quale può volere l'alienazione, e non la creazione di oneri reali sulle cose sue. Vero è, che dall'insieme dell'atto, od anche da altri documenti che certamente vi si riferiscano, si può trarre argomento a dichiarare qual sia stata l'intenzione esatta del mandante: e che, se il giusto riguardo alla volontà del rappresentato impedisce nel dubbio di dare un significato esteso alle locuzioni adoperate, lo stesso motivo vieta di restringere il contenuto delle parole oltre quel che apparisce valore naturale e certo di esse. Così, si è dubitato, se il mandato d'*ipotecare* redatto in termini generali induca l'invalidità degli atti compiti in questo senso dal mandatario, supponendosi che la volontà del rappresentato non siasi determinata con sicurezza e con buona cognizione di causa, perchè in difetto dell'indicazione del valore per cui la facoltà d'ipotecare è consentita, oppure in mancanza della designazione degli stabili sui quali questo potere sia conceduto, il mandatario potrebbe eccedere nella creazione delle ipoteche, e compromettere il patrimonio del mandante: ma il dubbio non ha ragion di essere. Che vieta al mandante di delegare ad altri l'esercizio di questo potere patrimoniale d'ipotecare, così latamente come a lui s'appartiene? Certo, dalla soverchia fiducia nell'onestà o nella capacità di amministrare del mandatario, può

(1) C. civ., a. 1741.

Digitized by Google

venirgli grave danno: e di ciò imputi soltanto la sua poca previdenza.

Il potere legittimo d'ipotecare deve dunque derivare al rappresentante, sia egli rappresentante *necessario* o *volontario*, dal titolo costitutivo della rappresentanza: e però dalla *legge* o dal *mandato*, che può essere concepito in termini generali (mandato di disporre; d'ipotecare), oppure in termini speciali (con indicazione del valore per cui è dato sicurtà, e della cosa sulla quale questa è consentita).

21ᴵᴵ. Rappresentanza *necessaria* è per ordinario quella che la legge ordina a protezion di persone impossibilitate a curare il proprio patrimonio o per l'amministrazione di patrimonî speciali, o che trovansi in uno stato speciale: ed è il fine al quale tende questa specialità di condizione, che determina il suo intervento regolatore. Alla considerazion della persona, si riferisce la rappresentanza ordinata nell'interesse di chi non può per *assenza* occuparsi delle cose sue, o di chi non lo può per naturale difetto della possibilità di volere, come s'avverte nelle persone giuridiche, oppure di chi non lo può per mancanza di sufficiente intelletto dipendente da età o da vizio di mente: alla considerazion del fine cui è volta l'azienda patrimoniale s'informa invece la legge che dà un rappresentante al patrimonio dotale o della comunion degli utili, alla eredità beneficiata, alla società, al patrimonio in istato di liquidazione (liquidazione propriamente detta; fallimento; esecuzione forzata). In varî questi casi, la ragion per cui la legge interviene è la sollecitudine sua per tutto ciò che all'interesse generale abbia riferimento: così, la cura del patrimonio dell'assente è giustificata non soltanto dall'obbligo che lo Stato ha di proteggere chi si trovi nell'impossibilità di governare le proprie sostanze, non dal mero vantaggio dei presunti eredi e aventi causa dell'assente, bensì dall'interesse della società a che le fortune particolari per tale impossibilità descritta non si sperdano; del pari, se argomentando da considerazioni di generale equità, la legge ordina alcuni istituti nei quali si contiene la liquidazion del patrimonio, come s'osserva nella separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, nella materia del fallimento essa interviene a fin di proteggere il commercio, agevolando la sicurezza e la speditezza della procedura.

Negli istituti speciali or descritti, in cui si rileva la figura della rappresentanza necessaria, i poteri consentiti al rappresentante son

Digitized by Google

quelli che nettamente derivangli dalla legge, civile od amministrativa, o dallo statuto della società: quindi, se gli fosse consentita la sola facoltà di far atti di semplice amministrazione, e non potesse compiere validamente quelli che la eccedessero senza il concorso di altre formalità tutelari, come sarebbe l'avviso del consiglio di famiglia, dei consigli di amministrazione o direzione, o di commissioni di sorveglianza, e talvolta l'omologazione dell'autorità giudiziaria, o l'approvazione delle autorità superiori amministrative, s'intende che l'inosservanza di queste forme rende invalído l'esercizio che il rappresentante avesse fatto di poteri di disposizione a lui non conceduti. E di tale invalidità, il solo rappresentato può trarre giustamente partito.

21[III]. L'ordinamento che la legge dà all'istituto dell'assenza, e il modo diverso col quale nei due periodi componenti l'assenza dichiarata opera il concetto dell'incertezza di vita dell'assente (meno grave nel primo, e più nel secondo così da farvi prevalere la presunzione di morte), definiscono i poteri degli immessi provvisoriamente e degli immessi definitivamente nel possesso dei beni: a questi ultimi è dato il più largo potere di disposizione, cosicchè le ipoteche che avessero conceduto son create validamente, nè il ritorno dell'assente può recare pregiudizio al rapporto di sicurtà reale costituito sulle cose sue (1). La risoluzione è qui operativa soltanto pel fatto del ritorno o della notizia di vita dell'assente, e dal tempo in cui esso è seguito: gli atti anteriormente compiuti non ne soffrono, perchè consentiti da chi, più che rappresentante, aveva il potere diretto di farli. Può dubitarsi se, nel caso che l'ipoteca volontariamente conceduta non fosse inscritta nel tempo in cui i fatti or descritti sono avvenuti, il creditore abbia diritto d'inscriverla, perchè sebbene l'onere non sia ancora costituito, l'atto di disposizione è stato validamente compiuto ed il diritto di procedere alla costituzione è nato: ma di ciò a suo luogo (2).

A dubbio grave dà invece causa la disposizione che la legge ha intorno l'assenza presunta, e specialmente pel caso che l'assente non abbia lasciato procuratore, potendosi discutere se l'autorità che il Tribunale ha di provvedere quelle misure che paiano atte a con-

(1) C. civ., a. 39.
(2) V. in seg. il cap. sull'entità dell'iscrizione.

Digitized by Google

servare il patrimonio dell' assente, gli asserisca pure la facoltà di assentire alla chiesta concession d'ipoteca. Ma l'incertezza svanisce, quando s'osservi che questo atto può essere necessario alla conservazione del patrimonio dell'assente, o di parte di esso, e quindi il Tribunale può constatarne la necessità, e anche l'opportunità: e quando pur si pensi, che nel caso abbia l'assente lasciato un procuratore, il Tribunale può autorizzarlo a compiere valevolmente quegli atti che secondo i termini del mandato da sè non potrebbe, e però anche a concedere ipoteca; ora, non s' ha ragione utile a ritenere che il tribunale abbia autorità così ampia in quest'ultimo caso e non nell'altro che il procuratore manchi, perchè il fine pel quale quest' autorità è conceduta, e la fiducia che inspira il magistrato al quale è attribuita, non ammettono si faccia una distinzione ripugnante alla ragion della legge.

21[IV]. Dei genitori ai quali è confidata l'amministrazion dei beni spettanti ai figli in potestà, basterà qui ricordare che non possono fare da sè alcun atto di disposizione, e quindi l'ipoteca che avessero conceduto senza osservare le prescrizioni tutelari della legge, sarebbe viziata d'invalidità (1): che se la concessione fosse fatta dal genitore al quale per abuso della patria potestà sia stata tolta l'amministrazione (2), l'ipoteca sarà viziata come consentita non da rappresentante in eccesso de' suoi poteri, bensì come conceduta su cosa altrui. A differenza di quel che avviene nel caso che la concessione fosse consentita dalla madre passata a seconde nozze, senza dar di ciò notizia al consiglio di famiglia opportunamente convocato, e quindi incorsa di diritto nella perdita dell' amministrazione (3): la quale può dal consiglio esserle ancora conservata, e però gli atti compiuti in eccesso delle facoltà che le spettano saranno soltanto viziati di annullabilità.

Pei minori soggetti a tutela, e pei maggiori di età colpiti d'interdizione, il tutore compie gli atti di amministrazione, nè può farne di quelli che la eccedano senza osservare le garanzie che la legge ha ordinato a fin di salvaguardare il patrimonio dell'incapace (4):

(1) C. civ., a. 224.
(2) C. civ., a. 233.
(3) C. civ., a. 237, 238.
(4) C. civ., a. 301.

Digitized by Google

gli atti di disposizione che consentisse in contraddizione alla legge, son perciò annullabili; e lo son parimenti quelli che il minore emancipato o il maggiore inabilitato consentissero senza l'autorizzazione del rispettivo curatore, oppure con tale autorizzazione, ma senza il concorso delle altre provvisioni di legge (1).

21[r]. Le persone giuridiche esercitano secondo la propria natura la personalità ch'è loro attribuita, e la capacità di far gli atti patrimoniali rispondenti al proprio fine col mezzo di una persona che le rappresenti: qui la volontà del rappresentante supplisce interamente al difetto di volere ch'è nel rappresentato; si finge cioè, che la volontà manifestata dal rappresentante sia effettivamente volontà della persona rappresentata, sebbene da ciò non consegua che il rappresentante debba essere sempre considerato quale *organo* dell'ente fittizio. A parte tal questione, interessante la natura della persona giuridica e la ricerca della responsabilità che a questa può incombere pei fatti illeciti commessi dal proprio rappresentante, chiaro è che dai poteri concessi agli amministratori dal patto o dalla legge, si deve inferire la validità o l'invalidità degli atti di disposizione che questi avessero compiuto sui beni dell'ente; la legge civile, la commerciale, l'amministrativa, e gli statuti dell'ente dànno la misura della rappresentanza a seconda della varia natura delle persone giuridiche rispetto a cui la ricerca or descritta vien fatta: secondo i casi, la facoltà degli amministratori di far atti di disposizione può essere sottoposta a determinate garanzie (p. es. parere o autorizzazione del consiglio di amministrazione rispetto alle società; provvedimenti delle autorità amministrative che abbiano potere di vigilanza o tutela verso le amministrazioni comunali, o le opere pie), il cui inadempimento dà causa all'invalidità dell'atto compiuto dal rappresentante. S'intende d'invalidità nel senso che la persona rappresentata non ha obbligo di tenere per suo (2) l'atto illegittimo del rappresentante: il quale poi potrà essere di-

(1) C. civ., a. 319, 339.

(2) Purchè l'atto, non legittimo se esaminato rispetto ai termini del mandato, non abbia figura di atto di rappresentanza per altro motivo: pel concorso cioè degli elementi onde ha vita la gestione, e quando nel fatto del rappresentante entri la colpa imputabile al rappresentato.

Digitized by Google

chiarato personalmente responsabile dell' invalidità e tenuto al risarcimento (1).

Le società civili che non abbiano assunto la forma delle società per azioni (2), non hanno personalità giuridica indipendente: la storia della legge non lascia dubbio su questo punto (3). Ma nel fine e nel modo loro di funzionare, l'interesse comune si separa nettamente dall'interesse dei singoli concorrenti: quindi la figura della rappresentanza tenuta da chi amministra, e la necessità di ricorrere al patto sociale od alla legge per definire i poteri del rappresentante rispetto alla disposizione dei beni sociali (4).

21[VI]. La legge considera talvolta il « *patrimonio* » in relazione ad un fine speciale che ha presieduto alla sua costituzione o che ne determina la trasformazione economica, e per questo *scopo* che lo anima e ne determina l' esistenza indipendente, quante volte esso è così considerato ha, di regola, figura di persona giuridica costituita in vista di un dato fine, e quindi la « *rappresentanza* » per via della quale il nuovo ente manifesta la sua personalità. *Di regola*, s'è detto: perchè non sempre che l'esistenza del patrimonio si connette ad un fine proprio, speciale, ne avvien l'elevazione a persona giuridica; può cioè appartenere ad una persona o ad un complesso di persone senza che questo formi corpo morale, e senza ch'esso esista come persona a sè: eppure il fine speciale che v'inerisce gli dà una figura giuridica propria, indipendente, come la ragione economica che ne ha promosso la costituzione. Quest'azione,

---

(1) Sempre quando non vi sia compensazione di colpa per effetto di *culpa in contrahendo*, imputabile al terzo danneggiato; e su questo argomento, v. CHIRONI, *C. contratt.*, cit., l. cit.

(2) C. di comm., a. 229.

(3) Cons. specialmente THIRY, in *Revue crit.* 1854, p. 412 e segg., e 1855, p. 289 e seg.; MONGIN, in *Revue crit. de L. et J.* 1890, p. 697 e segg.; e v. AUBRY et RAU, op. cit., § 377; GUILLOUARD, *Tr. du contr. de soc.* (Paris, 1891), nn. 25 e segg.; PONT, *Du contr. de soc.* (Paris, 1881-1884) I, n. 626; LYON-CAEN et RENAULT, *Tr. du dr. comm.* (Par., 1892) II, n. 126 e segg. Ma cfr. DURANTON, op. cit., XVII, 334 e segg.; TROPLONG, *Comm. sur le contr. de soc.* (Paris, 1843) I, n. 58 e segg.; PROUDHON, *Tr. du dr. d'usufr.* (Par., 1836) IV, n. 2064, e segg.; LAROMBIÈRE, op. cit. s. l'art. 4291, n. 6; PARDESSUS, *Cours des dr. comm.* (Paris) VI, id., n. 975 e segg. Cass. fr. 23 febbr. 1891 (*J. de S.*, 1892, I, 73), e cfr. la n. *ib.*

(4) V. il n. seg.

Digitized by Google

questo svolgimento speciale, non si connettono dunque alla determinazione di un *nuovo* soggetto del patrimonio, sibbene alla *determinazione* del patrimonio in vista del fine particolare suo: non al concetto di persona giuridica, ma alla *legge che ha presieduto alla formazione del patrimonio* si deve dunque chiedere la ragion del fenomeno. Non nuovo: perchè nel diritto comune (1), grazie ad esso s'intendeva l'« indipendenza » del patrimonio delle società commerciali, senza preoccuparsi del ricercare se queste avessero o no personalità giuridica, e nel diritto odierno si può ben avvertirlo in parecchi istituti.

Della prima maniera di considerare il patrimonio s'ha l'esempio tipico nella *fondazione* », sebbene la nozion descritta possa apparire in egual modo, se non con eguale costruzione, nell'istituto della « *corporazione* »; alla seconda si possono poi ben riferire le figure del patrimonio *dotale*, della comunione degli utili, e del patrimonio spettante alla *società civile* o ad un'associazione (2). La *dote* non pone i beni su cui è costituita nella condizione di patrimonio indipendente, ma il « *vincolo della dotalità* » (perchè i beni spettano d'ordinario alla donna dotata) forma appunto questo patrimonio, quest' azienda coniugale: quando non si preferisca un'altra costruzione, che considererebbe la dote come patrimonio spettante alla *società coniugale* qual persona indipendente. In ogni caso, s'ha un patrimonio il quale, pel fine suo nettamente determinato dalla legge, non si collega alla persona di alcuno dei coniugi: e la cui amministrazione è affidata al marito (3) in qualità di capo della famiglia, della società coniugale.

Il contenuto di questo potere d'amministrazione è designato dalla legge in rispetto al fine della dote, e può esserlo prevalentemente dalla volontà delle parti, perchè nella costituzion del relativo negozio giuridico alla volontà che lo determina è riconosciuta la maggior libertà di svolgimento, fino a che in ciò non offenda norme di ordine pubblico: ora, se nel contratto matrimoniale fosse data facoltà di *alienare* e d'*ipotecare* la dote (e, secondo s'è osservato

---

(1) Cons. la mon. di SALEILLES, cit. in *Annal. de dr. comm.*, l. cit.

(2) Ancor qui, la legge che ha presieduto alla costituzione del patrimonio, gli dà, per via del patto intervenuto tra gli associati, una funzione distinta. V. la mon. di ROUSSE, *De la capac. jurid. d. associat.* (Par. 1897), pag. 105 e segg.

(3) C. civ., a. 1439.

Digitized by Google

descrivendo in generale i poteri del rappresentante, è necessario ristringere il significato di questi termini all' istituto speciale cui direttamente si riferiscono, quando altrimenti non consti della volontà delle parti), chiaro è ch'egli potrà concedere ipoteche sugli immobili dotali; e se tal facoltà gli fosse attribuita entro certi limiti, con certe condizioni, queste son pure elementi costitutivi dell'entità della rappresentanza, cosicchè non osservandoli il marito non farebbe atto di rappresentante, e quindi la creazion dell'ipoteca ne rimarrebbe al tutto viziata. Così avverrebbe, se l'alienazion della dote o la possibilità giuridica d' ipotecarla fossero subordinate all'obbligazion del reimpiego; del quale l' acquirente od il creditore dovrebbero accertarsi, perchè altrimenti contratterebbero con chi non avrebbe il potere ampio di amministrazione, la facoltà di disporre (1). Se poi nel contratto nulla fosse pattuito intorno a questo punto, la caratteristica dell'*inalienabilità* ordinata in relazione allo scopo dell'istituto, non consente così ampia autorità di gestione: eccezion fatta pel caso speciale in cui la legge conciliando l' *inalienabilità* col fine stesso della dote, concede che questa possa essere alienata od ipotecata, per necessità od utilità evidente (2): i quali termini, affinchè l'entità e la destinazion dell'istituto siano efficacemente garantite, debbono essere accertati dall' autorità giudiziaria. E quando essa sommetta la concessione a condizioni determinate, l' inosservanza renderà viziata la creazion d'ipoteca.

Il qual vizio nei due casi or definiti di eccezione alla regola dell'inalienabilità, non contiene la semplice *annullabilità* della concessione, sibbene l'*inesistenza* (3): si potrebbe argomentare contro questa

(1) Dottrina assai controversa: alla quale s'obbietta che l'obbligazione del reimpiego si riferisce al marito cui sia stata imposta, e però l' inadempimento non debba essere posto a carico della persona che sulla cosa dotale abbia acquistato diritti la cui concessione al reimpiego fosse subordinata. Ma è facile osservare, che se l'acquirente non *risponde* del mancato reimpiego, purchè l'obbligazione non si riferisca direttamente a lui, ne *sopporta le conseguenze*, perchè al *potere di disposizione* conceduto al marito *inerisce* quest'obbligo; quindi, per accertarsi che contratta con chi può disporre della cosa, deve pur accertarsi del reimpiego ordinato, e questo accertamento egli ha il dovere e la possibilità di fare (*c. in contrahendo*). Si può anche costruire col concetto delle *risoluzione*, ch'è *ex tunc*, per effetto dell'inerenza sua al titolo del concedente, ed il concessionario ciò non doveva, nè poteva ignorare.

(2) C. civ., a. 1405.

(3) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

dottrina da ciò che s'è detto intorno l'incapacità derivante da mancanza del potere attuale di disporre, ma la storia e l'economia della legge mostrano che l'*inalienabilità* è ordinata in considerazion del fine dell'istituto, ch'essa è la maggior garanzia della destinazione che a questo inerisce, e quindi il vizio di cui è colpito l'atto che vi contraddice non attiene a condizion *soggettiva* della persona, bensì al carattere *oggettivo* dell'*indisponibilità* della cosa. Nè rileva che la legge dia facoltà al marito di promovere *durante il matrimonio* la dichiarazion della nullità, perchè in questo tempo egli è il solo amministratore, il solo custode dell'integrità della dote (1): qui il *concedente* è distinto dall'*amministratore:* dopo il matrimonio, o dopo la *separazione* della dote, questa figura vien meno, e riman soltanto quella del concedente, che per le condizioni sue, per la garanzia ch' egli deve (*quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*) non può valersi di un vizio al quale egli ha dato causa (*c. in contrahendo*). Tant'è, che pur potendo chiedere l'annullamento come amministratore, egli in qualità di concedente è responsabile dei danni verso l'altra parte cui non avesse dichiarato la condizion dotale della cosa, e che, senza propria colpa, non poteva altrimenti aver notizia di tale inidoneità dell'oggetto.

21[VII]. Altrimenti avviene rispetto al patrimonio derivante dalla comunione degli utili: non ch'esso abbia rispetto alla sua appartenenza giuridica entità diversa dalla dote, poichè in ogni caso si tratta di *patrimonio* che non è persona, e che a persona giuridica non spetta, ma al quale inerisce un fine che lo specializza, lo determina; soltanto che qui non si presenta definito, sibbbene in continua formazione, onde la maggior ampiezza del potere di amministrazione consentito al marito, comprendente anche la facoltà d'*ipotecare* (2): senonchè, non essendogli lecito di disporne a titolo gratuito, così quando la concessione d'ipoteca apparisse fatta per *liberalità*, il vizio del negozio è evidente. Perciò, se la concession della sicurtà sia seguita validamente, e la moglie non abbia *rinunziato* alla comunione, come può (3), l'immobile entrerà nella sua quota con l'onere dell'i-

(1) C. civ., a. 1438.
(2) C. civ., a. 1444.
(3) C. civ., a. 1444.

Digitized by Google

poteca; quando invece la creazione dell'onere fosse viziata, o l'immobile gravato è nella quota del marito, e allora per l'effetto dichiarativo della divisione, l'onere sta: o entra nella quota della moglie, e la nullità produce il suo effetto. Ma durante il matrimonio, come si dirà ricercando il valore dell'ipoteca consentita su di un immobile indiviso, non si può chiedere l'annullamento.

21[VIII]. La condizione giuridica del patrimonio costituito in virtù di un fine determinato (*legge costitutiva del rapporto cui il patrimonio si riferisce*) rivela tutta la sua virtù nella dichiarazion della legge che, pur non attribuendo alla società civile entità di persona giuridica secondo avviene delle commerciali, nega al socio non amministratore il potere di alienare od obbligare le cose, anche mobili, appartenenti alla società (1). Dalla qual disposizione molti argomentano che la società civile sia pure una persona giuridica; altri insegnano, che sebbene questa dottrina sia contradetta dalla storia della legge e dal silenzio di essa intorno a tal pretesa attribuzione, pure quel divieto non compatibile col diritto di *comproprietà* spettante al socio nei beni sociali, sia eccezione introdotta pel fine stesso che ha presieduto alla formazion della società (2). E non si avverte che la disposizione della legge ben si dichiara con la dottrina costante del diritto comune, specialmente dei commercialisti, che senza preoccuparsi dell'attribuzion dalla personalità alla società, consideravano il patrimonio sociale come determinato, specializzato così da separarsi dal patrimonio individuale dei soci; il risultato che si vorrebbe attingere, riconoscendo alla società civile la personalità giuridica, si otteneva considerando la legge che presiedette alla costituzione del patrimonio, e interdicente qualunque potere di disposizione nella cosa sociale; e si può ottenerlo anche ora, argomentando da tal concetto ch'è la ragion del divieto mantenuto dalla legge (3). Cosicché il socio, per tale interdizione, non potrà in questa sua sola qualità *obbligare* ipotecariamente o in verun altro modo, alcuna parte degli immobili sociali: ed il socio *amministratore* lo potrà soltanto entro i limiti governanti il potere di amministrazione che gli è stato conferito.

---

(1) C. civ., a. 1724.
(2) V. Saleilles in mon., l. cit.
(3) V. la n. 3 a pag. 102: e Saleilles, l. cit.

Digitized by Google

21[IX]. La condizione speciale del *patrimonio*, o di una cosa determinata ch'è in esso, può anche derivare, secondo occorse già di avvertire, dalla *liquidazione* iniziata a fin di commutare la cosa in valore e di soddisfare le ragioni di credito (alienazione del valore contenuto nella cosa) concorrenti su di essa: i poteri del liquidatore, o della persona che con altro nome ha quest'uffizio (erede beneficiario; curatore dell'eredità giacente; curatore del fallimento), o di chi pendente tale stato ha l'obbligo di custodire (debitore-sequestratario in conseguenza della trascrizione del precetto), son definiti dalla legge.

A) Di quest'ultimo punto s'è discorso assai, ricercando la capacità di disporre del debitore-sequestratario intorno la possibilità giuridica di concedere ipoteche sull'immobile dedotto nel precetto trascritto intimante l'esecuzione, e s'è detto dell'inefficacia della concessione rimpetto ai creditori; si deve or aggiungere, che della nullità non può prevalersi il debitore-sequestratario concedente, a meno che il concessionario non ne conoscesse la condizione rispetto all'immobile descritto nel precetto, cosicchè, se dalla liquidazione avanzasse altro valore dopo il soddisfacimento dei creditori per cui essa si compie, i creditori posteriori vi concorrono secondo il grado. Questo valore residuale è nel patrimonio del debitore, e ad esso si può fin da principio ridurre l'efficacia dei crediti o delle ipoteche posteriormente costituite (oggetto contenuto *eventualmente* nel patrimonio).

22. Il difetto di poter legittimo nel rappresentante può essere sanato con la *ratifica* posteriore validamente effettuata, o col compimento delle forme che il rappresentante doveva curare da principio a fin di poter consentire l'atto di disposizione: e qui occorre ancora la ratifica latamente intesa. Vero è, che, specialmente degli atti compiuti dai rappresentanti i Comuni e le Provincie, si dubita assai se l'adempimento posteriore delle prescrizioni ordinate dalla legge a maggior garanzia degli enti rappresentati dia valore all'atto già compiuto senza che fossero osservate (1), parendo ch'esse debbano

(1) La questione, assai grave, che nel testo è appena accennata, involge come ragion precipua di decidere il rapporto ch'è tra il diritto privato ed il pubblico, e la possibilità di applicare a istituti a questo riferentisi figure che in quello hanno la propria e principal sede; ora, senza discutere se il diritto civile, com'è costituito, rappresenti il « *diritto comune* » sostrato di ogni ordinamento oggettivo, per averne ricevuto in sè maggior copia, e quindi sia applicabile anche ai rapporti di « diritto pubblico » dove la particolare natura loro non vi si rifiuti; qui può soltanto dirsi

Digitized by Google

precederlo, dirette come sono ad accertarne l'utilità: ma quando s' accolga la dottrina che l'atto così viziato dice non inesistente bensì annullabile, la difficoltà vien meno (1); d'altronde, se anche posterior-

---

che dei concetti elaborati dal diritto non s'altera l'entità speciale e la necessaria possibilità di applicazione secondo che si considerino rispetto al diritto privato od al pubblico, perchè antagonismo fra queste due forme, che son poi due materie di applicazione degli istituti giuridici, non è, nè può essere. Soltanto si deve avvertire, come s'è osservato, al diverso mezzo in cui quest'applicabilità vien studiata, e veder quindi dov' essa ripugni all' indole ed al fine dei varî rapporti: ch'è il criterio necessario a risolvere la questione intorno la possibilità di estendere il concetto dell'*utilis versio in rem* alle pubbliche amministrazioni (v. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, IIª ed., cap. V), e la difficoltà accennata nel testo. Ora, abbenchè sia facile obbiettare che le norme statuite sulla rappresentanza di questi pubblici istituti debbono essere osservate rigorosamente, come quelle che hanno per fine la giusta tutela di questi enti, e la maggior garanzia del retto governo loro, onde parrebbe affatto improduttivo di effetto giuridico l'atto dell'amministratore che senza rispettare la forma ordinata volesse obbligare l'ente, e l'atto di chi non amministratore s' ingerisse nella gestione dei suoi affari; pure, di così facile obbiezione e del risultato troppo assoluto che ne deriva si deve dubitare assai. Che la forma relativa al governo di queste amministrazioni sia ordinata pel fine or descritto, sia pure; ma quando esista l' « utile » per cui il diritto fa sorgere la figura della gestione o della *versio in rem*, perchè non applicarla anche in rispetto a loro? Cangia forse qui la considerazione puramente oggettiva dell' « *utiliter gestum* » o dell' « *utiliter versum* », perchè si debba dire che non dà nascita a relazione giuridica quando esista in rapporto ad una pubblica amministrazione?

Le obbiezioni che si fanno alla teoria qui accolta, non tolgono la virtù ch' è contenuta nel concetto dell' « *utilità* », sebbene a conciliare questa dottrina con quel che di giusto si contiene nella decisione opposta, si debba osservare che l'esistenza dell' « *utile* » dev' essere ricercata e valutata secondo il fine dell'ente, e in rapporto a tutto il sistema di amministrazione che lo concerne.

(1) Quando s'argomenti dal concetto, qui non accolto (v. la n. preced.), dell'assoluto rigore delle forme ordinate per la rappresentanza delle pubbliche amministrazioni, l'inosservanza di esse dovrebbe indurre l'inesistenza dell'atto; pure, anche non ammettendo che si possa estendere a questi rapporti di diritto pubblico la figura della gestion di affari, par che non si debba dubitare dell' applicabilità dei principî governanti la « *rappresentanza* » in genere. Il rappresentante deve operare tenendosi nei termini della rappresentanza conferitagli, ma quando li ecceda, l' atto ch' egli compì in tal qualità figura come integro nell' esteriorità sua, restringendosi la questione al conoscere se veramente « rappresentanza » vi sia stata, e se quindi la « volontà » del rappresentante fosse « volontà » del rappresentato; il quale può in seguito (ratifica) asserire per sua questa « volontà » ch'è detta già fondamento giuridico all'atto. Ora, tal concetto ch' emana dalla ragione stessa della rappresentanza, dev' essere mantenuta anche se questa sia di diritto pubblico; non l'ambiente in cui l'istituto opera, ma la sua struttura intima lo determina. A meno che non si voglia pur qui ritenere che l' assoluto rispetto della forma debba foggiare una figura di « *rappresentanza* » tutta propria del di

Digitized by Google

mente si può riconoscere la correttezza di ciò che il rappresentante ha fatto dapprima irregolarmente, non v'è motivo di respingere la sanatoria.

23. E però in quest'ipotesi, come nell'altra della *ratifica* (comprendente pur la conferma) la sanatoria validamente effettuata avrà virtù retroattiva; ma sempre che ciò sia possibile: la qual possibilità s'intende rispetto ai terzi interessati, nel senso, che nell'intervallo il ratificante o confermante non abbia conceduto sulla cosa diritti che l'acquirente abbia legalmente conservato. Di tal restrizione s'è detto, studiando la conferma della creazion d'ipoteca viziata di nullità; e si è pure osservato che l'iscrizione tolta prima dalla ratifica è *inesistente:* onde la necessità assoluta di rinnovarla.

§ 3.

La dichiarazione della volontà. Forma. Volontà tacitamente manifestata:

SOMMARIO. — **24-26.** Della volontà *espressamente* manifestata di creare l'ipoteca. Forma dell'ipoteca convenzionale: ordinamento della legge rispetto alla forma richiesta per la *creazione* dell'onere, ed a quella occorrente per tal *creazione* come atto necessario a costituirla. Atto pubblico, scrittura privata. Scrittura privata riconosciuta in giudizio, o avente le firme autenticate da notaio. — **27.** Atto ricevuto da un ufficiale amministrativo. Verbali di conciliazione. — **28-28*bis*.** Ipoteca sui titoli del Debito Pubblico; ipoteca navale. — **29.** La forma della creazione dell'ipoteca non si riferisce alla forma relativa al credito garantito. — **30.** Volontà dichiarata per mezzo di mandatario. Forma del mandato. — **31.** Se all'atto creativo debbano concorrere le due parti; accettazione posteriore; forma. Accettazione tacita: iscrizione. — **32.** Ipoteca volontaria creata per via di negozio unilaterale: testamento segreto, testamento olografo. — **33-34.** Volontà di creare l'ipoteca manifestata *tacitamente:* casi in cui ciò avviene: rinvio. — **35.** Promessa d'ipotecare. Forma. — **36.** Atto creativo d'ipoteca ricevuto in paese estero. — **37-38*bis*.** Conseguenza del *vizio di forma.* Sanatoria.

24. La *volontà* di creare l'ipoteca *esiste giuridicamente* quando sia manifestata con quella forma speciale che la legge prescrive,

---

ritto pubblico, e l'asserzione così rigorosa, illimitata, non pare accoglibile; perchè essa sta (e così costituisce soltanto un'eccezione al principio accolto nel testo), soltanto nei casi in cui la funzione di diritto pubblico sia tale da non consentire, in modo alcuno, la possibilità che l'azione del rappresentante eccedente i termini della rappresentanza conferisca a dare apparenza giuridica esteriore all'atto compiuto.

Digitized by Google

indotta a ciò da considerazioni giuridiche ed economiche; e di questi argomenti si è discorso di già, a fin di condurre la disamina su parecchi punti fondamentali del presente lavoro: che cioè dal concetto di obbligazione è necessariamente derivata la figura dell'*esecuzione sui beni*, e questa ha poi generato l'istituto della garanzia reale: e che perciò nel diritto francese ebbe origine la massima che l'ipoteca convenzionale non si possa concedere se non mediante atto notarile, onde la ragione storica dell'ipoteca giudiziaria, che dalla legislazione francese passò poi nell'italiana (1). Ma se la legge francese serbò immutata la norma ricevuta nel diritto anteriore intorno la necessità di far constare per via di atto pubblico la volontà di creare convenzionalmente l'ipoteca, e se la giurisprudenza estendendo giustamente la lettera della legge secondo il suo spirito e la sua tradizione certa, vi aggiunse la scrittura privata di cui il notaio abbia autenticato le firme, o depositata presso un notaio che abbia attestato il fatto del deposito (2): la legge italiana ha meglio determinato l'entità della creazione dell' ipoteca separandola dalla forma occorrente a costituirla, e rispetto al primo punto ha mantenuto l'ordinamento governante la forma dell' alienazion d'immobili (3).

Poichè, se a dichiarazione della legge francese si suole per ordinario addurre la considerazione dell'importanza dell'atto, la necessità cioè che il debitore od il terzo concedente l'ipoteca pensino alle conseguenze gravi del negozio cui consentono, e l'opportunità nell'interesse delle parti che una persona perita di legge, com'è il notaio, possa dar loro le notizie che stimino utile o necessario di chiedere (4); e se, in aggiunta a questi riflessi si osserva pure, che la tradizione giuridica sulla forma dell'ipoteca convenzionale s'impose alla mente del legislatore; pure, non si nasconde la contraddizione tra quest'ordinamento e quello concernente la vendita, constituibile anche con semplice scrittura privata (5). Considerazione

(1) Su questi punti cons. specialmente Esmein, mon. cit. in *Revue histor.* I. cit.

(2) Pothier, *De l'hypoth.* cit. n. 19; Duranton, op. cit., XIX, 361; Aubry et Rau, op. cit., § 266; Colmet de Santerre, op. cit., IX, n. 95 *bis*, IV; Thézard, op. cit. n. 58; Gillard, op. cit., n. 228; Larombière, op. cit. s. l'a. 1317, n. 40,

(3) C. civ. it., a. 1314, 1978.

(4) V. gli Aut. cit. nella n. 2. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, n. 1406.

(5) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, n. 1405.

Digitized by Google

quest'ultima assai grave, perchè la vendita, che nell'entità sua economica e giuridica induce rispetto alla cosa una traslazione più completa di quel che l'ipoteca non faccia, richiederebbe così l'osservanza di una forma meno rigorosa; e la legge italiana, se in questa parte non si rannodò (nè per le mutate esigenze economiche era ciò possibile) al diritto comune, concedente la possibilità di consentire verbalmente l'ipoteca, ordinò che la forma necessaria a crearla convenzionalmente (1) non fosse diversa da quella richiesta per la vendita d'immobili: per essa, all'esistenza dei due negozi occorre che la volontà sia accertata da atto pubblico o da scrittura privata; e con ciò, mentre s'è tolta la differenza, non giustificata, di forma tra i due atti, è posto in evidenza quel concetto comune ad entrambi ch'è il negozio di *alienazione*, del quale, pel diverso fine, costituiscono due specie distinte. Nella vendita s'ha estimazione completa della cosa come *cosa:* nella creazion dell'ipoteca si ha *estimazione del valor della cosa*, ch'è quindi dedotta nell'atto non per sè, non quale *cosa*, ma pel *valore ch'è in essa*, e ch'è l'oggetto immediato del negozio: l'identità della forma per cui la volontà dev'essere manifestata, dimostra così l'unicità del fine economico che nei due negozi descritti si mostra con varia determinazione del fine giuridico.

25. Ma se questa è la forma occorrente alla *creazione* del rapporto considerato come alienazion di valore, altra è poi la *forma* che l'atto creativo deve assumere perchè sia idoneo alla *costituzione* del vincolo reale voluto: e fin qui l'analogia dell'ipoteca con la vendita non è turbata: in entrambe figure il negozio ottiene la *pubblicità* ch'è scopo agli istituti dell'*iscrizione* e della *trascrizione*, quando di esso consti per via di atto pubblico, o di scrittura privata in cui la sottoscrizione del concedente sia autenticata da notaio, o che sia accertata giudizialmente (2). Cosicchè, se la gravità del negozio dà la ragion della legge, che per la valida creazione dell'ipoteca richiede la forma descritta, altre considerazioni dichiarano la necessità del nuovo rigore di forma ch'è imposto a fin di poter procedere alla costituzione del rapporto: s'è inteso di evitare il pericolo che sia data pubblicità ad atti non certi, e di trarre

(1) C. civ., art. cit.
(2) C. civ., a. 1989.

Digitized by Google

quindi in inganno i terzi la cui buona fede si vuol appunto proteggere, essendo altrimenti possibile lo sconcio di dichiarare come compiuti da determinate persone, atti ai quali queste non hanno effettivamente concorso.

Se dunque si voglia considerare l'entità della forma per rispetto alla costituzione, all'esistenza del rapporto reale d'ipoteca, apparirà come un legame d'origine della legge odierna dal diritto francese e dalle tradizioni sue; ma spingendo la ricerca oltre la semplice apparenza, ben si potrà scorgere come in questa legislazione il momento giuridico della costituzione si confondesse in quello della creazione, così da risultarne un momento, un atto unico: la costituzione era già nella semplice creazione perchè non dipendente da forme proprie, speciali (1): e se nel diritto odierno la forma occorrente a che quest' ultimo atto dia valida causa alla *costituzione* dell' ipoteca, par quasi analoga a quella che nel diritto tradizionale francese era richiesta per la creazione del rapporto, le ragioni che la giustificano son di natura assai diversa. Nel diritto francese anteriore alla codificazione, è il concetto di *esecuzione* reale che domina l'ordinamento della *forma:* nel diritto posteriore questa non induce per sè la costituzion dell' ipoteca, al qual fine altra ne occorre per cui si esplica il nuovo concetto della pubblicità; e però, la ragion dell'averla conservata dev'essere intesa in relazione al nuovo istituto, e asserita alla necessità d'impedire che si rendano pubblici titoli di cui appaia mal certa la verità.

Questo riflesso misura l' importanza che la notizia del diritto anteriore ha intorno al dichiarare la ragion della forma ch'è ordinata nel diritto odierno per l'esistenza dell'ipoteca: non la tradizione, non i precedenti storici son l'origine diretta, efficiente della nuova regola, ma nuovi concetti alla cui esplicazione si volle adattare la forma antica, con altro contenuto rispondente al mutato indirizzo. E qui si manifesta la differenza profonda che rispetto all'efficacia della pubblicità sull'esistenza del negozio, separa la vendita dall'ipoteca: la forma dei due atti è identica per ciò che si riferisce alla creazione, all'*alienazione* ch'è il contenuto di entrambi: identica è la forma di cui la creazione dev'essere rivestita perchè l'atto ot-

(1) Della « creazione » dell'ipoteca mediante l'iscrizione, si dirà in seguito; sui concetti esposti nel testo, v. le considerazioni esposta nel vol. I, cap. 1; e v. pure a p. seg. la n. 1.

Digitized by Google

tenga la pubblicità ch'è il fine della trascrizione e dell'iscrizione: ma la vendita è compiuta, *tra le parti* almeno, pel solo fatto della *creazione*, mentre la *costituzione* dell'ipoteca si separa anche tra le parti dall'atto semplicemente creativo (1). A mostrare la difficoltà, e chiarire in ciò la differenza ch'è tra i due istituti, bisogna indagare il modo col quale l'elemento della *pubblicità* entra nella costituzione del rapporto di vendita, ed in quello d'ipoteca: nella *vendita* non ebbe certamente tutto lo sviluppo di cui il criterio che la informa è suscettibile, ed il concetto tradizionale considerante la vendita come negozio contrattuale, e la perfezione sua attribuita al solo consenso, compiendosi sol per via di questo la trasmissione della proprietà, indussero la persuasione di limitare la *pubblicità* soltanto rispetto ai terzi. Non si considerò la pubblicità, e l'iscrizione nei pubblici registri per cui si effettua, come termine occorrente all'esistenza del rapporto, alla realità effettuale dell'acquisto: questa concezione, sebben richiesta da gravi motivi economici e dall'eleganza stessa della costruzione giuridica, parve contraddicente al tutto all'entità tradizionale della vendita: rapporto di obbli-

(1) A questo argomento ch'è uno dei concetti fondamentali su cui è impostata la costruzione qui proposta, s'è accennato più volte, e si è rinviata la discussione alla parte concernente la « costituzione del rapporto d'ipoteca »; nè ora può farsi altrimenti. La questione che vi è contenuta, sebbene appaia ristretta alla sola esistenza del diritto reale d'ipoteca, si riferisce tuttavia all'acquisto dei diritti reali in genere, chiedendosi per essa se alla valida costituzione loro non debba concorrere oltrechè il negozio informato alla volontà a ciò diretta, il modo legittimo per cui al titolare è data dalla legge come un'investitura del rapporto. Concezione cui s'era informato il diritto romano nell'ordinamento suo intorno all'acquisto della proprietà, e dalla quale, per essersi snaturata l'entità della « *tradizione* », si allontanò il diritto francese, e perciò anche l'italiano; mantenuto invece nel diritto germanico col sistema del « contratto reale » coordinato al libro fondiario, e che si vorrebbe ristabilire con l'istituto del catasto probatorio. Ora, può la sola interpretazione, dove la legge lo consenta, venir a questo risultato? Lasciamo da parte l'istituto della trascrizione, sebbene ancora qui l'interprete possa agevolmente costruire una teoria, che, rispettando la lettera e la ragion della legge, tolga ogni contrasto tra le disposizioni concernenti il momento in cui avviene l'acquisto del diritto reale; ma per l'ipoteca, quando non si voglia ad ogni costo coordinare secondo l'idea dominante, i due istituti della « *trascrizione* » e dell'« *iscrizione* », al che anche la legge resiste, l'istante in cui è costituita come diritto nella cosa, è segnalato dall'*iscrizione*. Le considerazioni giustificanti questo concetto che contraddice all'interpretazione costante contraria, per cui l'iscrizione vale pubblicità occorrente solo di fronte ai terzi, si diranno in seguito: qui basti accennare ancora alla difficoltà e all'importanza della questione.

Digitized by Google

gazione, è il consenso che la rende perfetta, ed è il consenso il momento in cui si presume che la trasmission della proprietà avvenga.

Certo, una migliore analisi del fatto per cui il consenso è il momento in cui si compiono questi due atti giuridici, avrebbe indotto a ritenere che il secondo istante (trasmissione della proprietà) è ben distinto dal primo (obbligazion di trasferire), e che meglio che al tempo ed al fatto del consenso si poteva riferirlo al tempo ed al fatto dell'iscrizione dell'atto in appositi registri. Ma nella legge francese la concezione della consensualità nella vendita s' impose interamente, anche in virtù della teoria tradizionale: e d'altra parte, la pubblicità, per via della trascrizione, si esplicò in modo compiuto in altro periodo di legislazione (1). Invece, rispetto all'ipoteca, i concetti di *specialità* e *pubblicità* come inerenti all'esistenza del diritto reale erano stati discussi ed accolti, eccezion fatta per alcuni casi d' ipoteca generale (2); e però avvenne che nella vendita, i due momenti ben distinti dell'opera legislativa indussero la perfezione del contratto *tra le parti*, come creazion del vincolo e costituzione del rapporto: nell'ipoteca convenzionale la forma della *creazione* si separò da quella occorrente per la *costituzione*, e ciò non soltanto rispetto ai terzi, bensì tra le parti stesse. Ma di questo argomento, e di questa costruzione contraddicente a quella ch' è generalmente insegnata a dichiarazion della legge (3), meglio si dirà, studiando la forma necessaria a costituir l'ipoteca.

26. Della forma estrinseca voluta per la *creazione* del vincolo, non occorre dire gran che; l'atto pubblico e la scrittura privata, son la forma richiesta per l'alienazione d'immobili, e quindi anche per la creazion dell'ipoteca. Vero, che rispetto all'alienazione propriamente detta s' è discusso assai se la forma or descritta sia sostanziale, necessaria cioè, in modo da doversi dire che la mancanza di essa induca l'inesistenza della volontà, e quindi del negozio: sembrando a taluni che la necessità della forma non sia tale da produrre questa conseguenza, perchè sebbene la legge italiana abbia

(1) L. franc. 23 marzo 1855 sulla trascrizione.
(2) C. civ. fr., a. 2135.
(3) C. civ., a. 1314.

Digitized by Google

ordinato che a pena di nullità (1) la prova del consenso debba essere qui prestata dall'atto pubblico o dalla scrittura privata, non si possa tuttavia confondere il risultato, che sarebbe logico divieto

(1) C. civ., a. 1314. Altro è vedere, se il non aver le parti fatto constare per via di scritto il negozio per cui la legge esige questo modo di accertare l'esistenza della volontà, non le impedisca di ammetterne l'esistenza dinanzi al giudice, la cui sentenza rappresenterebbe in tal caso la « scrittura » richiesta, e sarebbe perciò trascrivibile a fin di essere valevolmente opposta ai terzi; su questo punto la giurisprudenza, seguendo in ciò la dottrina, accoglie la risoluzione affermativa. Cons. Cass. di Roma 25 nov. 1895 (*Foro ital.* 1896, I, 123), e FILOMUSI-GUELFI, *ib.*, n. Ora, che in tal ragionamento vi sia dell'equità non è dubbio; ma è dubbio se di fronte alla nullità (inesistenza) comminata dalla legge per quegli atti di cui non consti per via della scrittura ordinata (C. civ., a. 1314 cit.), si possa dinanzi al giudice asserirne la valida consistenza, e se il giudice possa di ciò conoscere. Poichè, badisi, la sentenza non è atto destinato a raccogliere la volontà delle parti in quanto diretta a costituire un negozio giuridico, nè il magistrato ha, di regola, questa funzione; il negozio del quale si controverte dinanzi a lui, deve avere in sè le ragioni legali della propria esistenza, e al difetto di questa non può supplire il riconoscimento che se ne faccia in giudizio, quasi fosse una specie di *in iure cessio.* Con questa interpretazione, s'accoglie per la legge italiana la dottrina prevalente secondo la legge francese sull'efficacia ristretta della forma scritta (nei casi in cui è ordinata) di fronte al concetto largo della consensualità, e si dimentica troppo la lettera e la ragione storica dell'ordinamento statuito nell'art. 1314 del Cod. civ.: il quale è così severo, da doversi anche dubitare se il verbale di risposta ad interrogatorio possa supplire al difetto originario della scrittura (come la dottrina e la giurisprudenza prevalente insegnano), parendo inutile e quindi inammessibile l'interpellanza volta a chiedere se *esiste* un negozio ch'è *inesistente* per vizio di forma.

E quando, pure ammessa la teoria generalmente (e troppo facilmente) insegnata, questo valore si desse al verbale di risposta ad interrogatorio, ed alla presenza del magistrato, si dovrebbe pur discutere del *tempo* dal quale si reputi abbia vita il negozio; lo avrà dal momento in cui la « *scrittura* » è interamente così costituita, o dall'istante in cui si manifesti la volontà per via della scrittura intervenuta a « *supplire* » il difetto originario della forma? La questione, s'intende, non tocca i terzi, occorrendo rispetto a ciò altri ordinamenti; riflette la posizione giuridica delle parti, ma non è meno interessante, e meno grave, perchè se la nullità comminata dall'art. 1314 cit. vale insistenza, pare assai malagevole costruire una teoria per cui l'atto posteriore non sia *atto nuovo*, ma forma che supplisca al negozio inesistente per l'omissione della forma necessaria. Si osserverà che alle parti è lecito fare retroagire l'efficacia del negozio voluto, ma in tal caso la costruzione è diversa da quella esposta: l'interrogatorio o la sentenza non sarebbero atti che « *suppliscono* » al difetto di forma già occorso, e constatano il negozio come atto nuovo, di cui la virtù retroattiva è *implicitamente* voluta dalle parti che *fossero di accordo* nell'ammettere l'esistenza anteriore della volontà diretta a costituirlo, e nel richiedere al magistrato di constatare questa « esistenza » voluta e confermata.

Digitized by Google

d'ogni altra prova, con quello dell'inesistenza. Il negozio cioè esisterebbe, ma non sarebbe possibile altra prova all'infuori dell'esecuzione fattane; e la costruzione non pare accoglibile, perchè il fatto dell'esecuzione non è per sè mezzo diretto di prova, e d'altra parte la legge volle chiaramente andare oltre il semplice divieto di mezzi probatori, quando pose la comminatoria della nullità; e se pur si volesse condurre il ragionamento su altro presupposto, e dir cioè che la nullità comminata dalla legge non toglie l'esistenza di un'obbligazione naturale, suscettibile tra le parti di legittima esecuzione, se fatta volontariamente e scientemente, si altererebbe al tutto il criterio che informa il sistema delle forme rispetto al trasferimento di diritti reali immobiliari. Se la forma è cioè ordinata a fin di affermare l'esistenza della volontà, non può sussistere obbligazione naturale dove il rapporto civile è dichiarato inesistente: altrimenti si potrebbe senza pericolo alcuno violar la legge imperativa; e sebbene a tal risultato la legge stessa adduca qualche eccezione, il fatto che questa è ordinata espressamente conferma la necessità di non estenderla oltre il caso pel quale è introdotta, e giustificata da particolari motivi.

E quando poi si volesse ammettere la dottrina or discussa, mal si potrebbe adattarla alla creazione dell'ipoteca, mancando i termini abili a ciò; peso com'è sulla cosa, non si può intendere in che modo possa l'adempimento, nel difetto della forma constatante il consenso, mostrare la volontà di eseguire il negozio stipulato; la natura dell'oggetto ripugna assolutamente a tal possibilità. Cosicchè, o s'argomenti dall'entità della legge ordinante la forma necessaria per l'*esistenza* dei negozî intesi a trasferire o costituire diritti reali immobiliari, o si consideri invece la natura dell'oggetto, chiaro è che alla *creazione* dell'ipoteca occorre assolutamente l'atto pubblico o la scrittura privata.

27. La qual forma, secondo s'è detto, non sempre è sufficiente perchè la *creazione* sia per sè idonea alla *costituzione* dell'ipoteca: s'è avvertito di già, e si dimostrerà meglio in seguito, che anche tra le parti la semplice creazione non vale costituzione di questo rapporto; qui basti ricordare come l'atto creativo sia idoneo alla costituzione dell'ipoteca, quando di esso consti per *atto pubblico*, o per *scrittura privata che abbia la firma del concedente autenticata da notaio, o che sia riconosciuta in giudizio.*

Digitized by Google

A) L'atto pubblico è definito dalla legge quello ch'è ricevuto da un pubblico uffiziale, a ciò autorizzato, e che gli attribuisce la pubblica fede (1): ora, se per ordinario il pubblico ufficiale che riceve un atto creativo d'ipoteca è il *notaio*, vi son pur dei casi in cui la concessione volontaria di tal rapporto è ricevuta da altri funzionarî, che per ragion del proprio ufficio o da leggi speciali, vi sono autorizzati. Così, i funzionarî di cancelleria nell'ordine giudiziario possono ricevere atti di sottomissione in cui l' obbligato può anche concedere una garanzia ipotecaria; possono ricevere la convenzione per cui tra creditori e fallito siasi pattuita nel concordato la prestazione d'ipoteca a garanzia degli interessati; e certi funzionarî dell'ordine amministrativo, civili e militari, autorizzati a ricevere i contratti stipulati dall'amministrazione cui appartengono, possono perciò ricevere la dichiarazione concernente la concession d'ipoteca.

B) Della scrittura privata dove la firma del concedente sia autenticata, non occorre dire gran che: il compiere questo atto è officio del notaio, il quale non riceve l'atto, ma constata e dà pubblica fede alla dichiarazione del fatto cui ha presenziato, che cioè la firma esistente nella scrittura vi è stata apposta dalla persona nominata nel verbale di autenticazione.

C) Finalmente, la scrittura privata che sia riconosciuta in giudizio ha in sè per tal fatto egual certezza di quella che può avere la scrittura le cui firme siano state autenticate: il magistrato afferma che la scrittura è vera, ch' essa cioè emana realmente da chi ne apparisce scrittore o sottoscrittore: e la dottrina francese tradizionale, giustamente dava perciò alla scrittura così riconosciuta la stessa virtù costitutiva d'ipoteca ch'era consentita all'atto notarile.

D) Il provvedimento della legge, e le norme che governano l'istituto della conciliazione, dànno modo di risolvere senza difficoltà la questione sorta sul valore dell'accordo ricevuto dal conciliatore in materia eccedente la sua competenza: secondo l'ordinamento procedurale, l'atto ha efficacia di scrittura privata riconosciuta in giudizio: per conseguenza, se tra le parti si convenisse la creazione dell'ipoteca, in garanzia del credito riconosciuto, o se in dipendenza di una contestata promessa di addivenire a tal creazione, gli interessati conciliassero le divergenze creando il rapporto, il verbale di

(1) C civ. a. 1315.

Digitized by Google

conciliazione, avente la virtù descritta, sarebbe atto idoneo alla costituzione della sicurtà (1).

28. A queste regole generali sulla forma, si possono facilmente connettere le disposizioni ordinate in alcuni istituti speciali; così, i titoli nominativi del debito pubblico sono oggetti idonei a ricevere il peso dell'ipoteca, sebbene di natura mobiliare (2), e la legge che li regola determina la *forma* con la quale l'ipoteca su di essi si può validamente creare e costituire: l'atto pubblico o la dichiarazione constatante la concession dell'onere certificata da un pubblico ufficiale, dànno certezza all'atto, e determinano così la posizione degli interessati rispetto al titolo, senza creare difficoltà al regolare funzionamento di una parte tanto delicata e grave dell'amministrazione dello Stato (3). Altrimenti avviene dei certificati al portatore, ai quali l'entità giuridica che li distingue (4) garantisce la più libera e facile circolazione: ma qui la questione tocca non più la forma, sibbene la natura stessa del negozio, e verrà perciò svolta nello studio delle *cose* che son valido oggetto dell'ipoteca.

Ch'è pure il luogo dove si ricercherà la struttura del « *pegno navale* », che non pegno vero è, sibbene ipoteca: e in varie legislazioni l'istituto viene appunto detto *ipoteca navale o marittima* (5). Ristringendo ora il discorso alla forma necessaria a *crearla,* perchè ancor qui altra è la forma attenente alla *costituzione* di essa (6), basterà osservare che la legge commerciale esige

---

(1) C. pr. civ., a. 7.

(2) C. civ., a. 1967, 4°.

(3) L. 10 luglio 1861, a. 14.

(4) Su questo argomento v. le mm. di Chironi in *Giur. ital.*, l. cit.; e da ultimo la monogr. di Bruschettini, *I titoli al portatore*, Torino, 1897.

(5) L. franc. 10 dic. 1874, 10 luglio 1885; ma v. la n. 1 a pag. seg.

(6) Si mantiene qui la separazione proposta come fondamentale tra il momento giuridico della *creazione* e l'altro della *costituzione* dell'ipoteca; del quale argomento si discuterà più avanti, a fin di provare, secondo più volte si accennò, che i due momenti son distinti non soltanto per rispetto ai terzi, ma anche alle persone cui il negozio creativo direttamente si riferisce. Senonchè, per il *pegno* di nave non parrebbe che, giusta la espressa disposizion della legge (C. di comm., a. 485), questa costruzione sia applicabile, accennandosi alla *pubblicità* soltanto in relazione ai *terzi;* ma della ragion di tale ordinamento, e della conferma che dà alla teoria proposta, pure contraddicendovi nel caso speciale, si dirà in seguito (v. la n. 1 a pag. seg. e la n. 1 a p. 120).

Digitized by Google

la *scrittura* (1), così nel caso sia dedotta nel rapporto una nave già costruita, o parte di essa, oppure una nave in costruzione (2): quest'ordinamento, che si discosta dalle norme che intorno al pegno hanno la legge civile (3) e la stessa legge commerciale, dove a seconda del valor della cosa è richiesta la prova scritta soltanto rispetto ai terzi (4), mostra di già come nonostante la designazione accolta, predomina nel pegno di nave la figura dell'ipoteca. La nave è difatti la parte essenziale del cosidetto *patrimonio* o *fortuna di mare*, rimpetto a ciò ch'è il *patrimonio di terra* per chi n'è proprietario: e sebbene dagli antichi giuristi fosse detta « *mobilis in mobile* », ha rappresentato sempre, con una finzione dove la poesia si sposa alla severa concezione giuridica, la continuazion del territorio nazionale. Perciò, giustamente venne estesa all'ipoteca navale la prescrizion sulla forma ch'è ordinata per l'ipoteca in genere: le esigenze del commercio richiedenti la maggior libertà rispetto alla forma, dovettero cedere di fronte all'importanza dell'atto e dell'oggetto suo.

28bis. E la lettera della legge dà qui origine ad una difficoltà non lieve, che si rannoda alla questione più ampia della *creazione* e della *costituzione* dell'ipoteca, al decidere cioè se l'*iscrizione* sia effettivamente la forma sostanziale occorrente a poter costituire il rapporto, oppure sia forma destinata a dar *pubblicità* all'atto, nel senso che ciò sia necessario soltanto rimpetto ai terzi: questione che in particolar modo si riferisce all'entità dell'iscrizione. Ora, la legge nel disciplinare l'ipoteca navale dichiara che questa s'intende costituita *di fronte ai terzi*, quando la convenzione sia trascritta nel modo speciale ch'è ordinata, e di cui si dirà in seguito: e parrebbe, che se il pegno navale ha entità d'ipoteca, e se la trascrizion dell'atto creativo è da intendere come fosse *iscrizione*, l'essere richiesta quella formalità perchè la costituzione esista di fronte ai terzi, debba far supporre che anche l'iscrizione sia pur volta a tal fine, come del resto insegna la dottrina dominante (5). E

(1) C. comm., a. 485.
(2) C. comm., a. 486.
(3) C. civ., a. 1880.
(4) C. comm., a. 454.
(5) V. la n. 5 a p. prec. ed il rinvio che vi è fatto. Certo, come s'è avvertito, la locuzione della legge parrebbe confermare la dottrina generalmente insegnata, e non quella che qui s'intende di stabilire; ma la difficoltà sparirà, quando si potrà

Digitized by Google

l'argomento è grave, e ben meritevole di studio (1); basti ora il dire, che la legge chiamando *pegno navale* ciò che appar ipoteca, dovette forse risentire l'influenza del suo ordinamento sul pegno: e siccome la destinazion della cosa non consente la ritenzione esercitata direttamente o per mezzo di custode (2), si volle supplire, almeno pei terzi, a tale impossibilità con la trascrizione della scrittura.

29. La forma or descritta, studiata in riguardo della semplice creazione del rapporto, e della creazione in quanto idonea alla costituzione di esso, si riferisce soltanto al negozio contenente l'ipoteca: non tocca punto l'esistenza del credito garantito, il quale riman soggetto alle norme generali intorno la prova dell'obbligazione. Quindi, il credito pel quale fosse ammessibile la prova testimoniale può ben essere garantito dall'ipoteca: e se in materia civile un credito fosse istituito per via di convenzione verbale, ma in modo che legalmente non si potesse dimostrarlo con testimonî, la creazione dell'ipoteca potrebbe supplire a tal difetto di prova, perchè nella concession della garanzia s'indica il credito al quale questa si riferisce.

---

dimostrare che la teoria comune è un modo inesatto di esprimere il concetto stesso ch'è racchiuso nell'opinione che qui verrà proposta, e che tale inesattezza ha indotto mende non leggiere, com'è la parificazione esagerata della *trascrizione* e dell'*iscrizione*. A parte questo riflesso, la disposizion della legge commerciale intorno l'ipoteca deriva dal modo stesso col quale il concetto del *pegno* (essendo la nave cosa mobile) si trasmutò nell'altro di *ipoteca*. V. la n. seg.

(1) V. la n. seg.

(2) C. comm., a 487: dov'è detto non occorrere all'efficacia del pegno sulle navi la nomina del custode; onde parrebbe, che il *pegno di nave* esigerebbe come *pegno* la consegna della cosa al creditore pignoratizio, che potrebbe tenerla per mezzo del custode (*rappresentante*) e che agli inconvenienti che da ciò verrebbero all'applicazion pratica dell'istituto, per le maggiori spese e la responsabilità cui il creditore andrebbe incontro, s'intese di rimediare con la *trascrizione*. Se proprio fosse questa la ragion della legge, e la *trascrizione* non rispondesse tanto al concetto di *pubblicità*, come avviene dell'*iscrizione*, quanto all'essere il surrogato della *consegna*, parrebbe che nel *pegno* di nave non sia più integra la figura speciale del *pegno*, e non ancora compiuta quella dell'ipoteca; ma pur consentendo valore tal dubbio, e tralasciando di avvertire come nel pegno propriamente detto la *consegna* risponde anche al fine della *pubblicità* (ch'era già nella *traditio*), onde il riavvicinamento necessario della *trascrizione* or descritta all'*iscrizione*, è certo che le linee generali dell'istituto del *pegno navale* dànno a questo la figura prevalente dell'ipoteca. Con ciò non è ancora risoluto il dubbio sollevato; ma a dichiararlo son sufficienti le considerazioni fatte nel testo e nella nota prec.

Digitized by Google

A) Il titolo che contiene la concession d'ipoteca, non soltanto può riparare al difetto originario della forma concernente la *prova* del credito, ma può anche supplire al vizio di nullità, o anche d'inesistenza offendente la forma del negozio garantito: nel qual ultimo caso non conterrebbe alcuna sanatoria, sibbene un atto nuovo, eccezion fatta pei casi in cui l'inesistenza fosse dichiarata sanabile per l'esecuzione (1), o si tenesse la creazione dell'ipoteca per atto esecutivo volontariamente e scientemente compiuto. Della qual cosa si dirà, ricercando e determinando la relazione ch'è tra la creazione dell'ipoteca ed il credito garantito.

30. È occorso già di avvertire che la volontà di creare l'ipoteca può essere dichiarata direttamente o per mezzo di rappresentante: tralasciando ora la rappresentanza *necessaria*, che ha la sua ragion di origine nella legge che l'ordina per motivi di pubblico interesse, e la cui costituzione avviene secondo le norme speciali che la governano, è necessario di ricercare in qual rapporto la forma richiesta per la creazion dell'ipoteca sia con quella occorrente a costituire la rappresentanza volontaria. La questione sorge rispetto al mandato, sapendosi già che per la gestion di affari, la cui origine non è nel consenso, mancano i termini abili a ch'essa nasca: ora, parrebbe che la costituzion della rappresentanza sia atto indipendente, la cui esistenza, secondo le norme generali che vi s'applicano, non esige nessuna formalità di scritto: quindi, per la valida creazion dell'ipoteca, il mandatario dovrà osservare le forme speciali richieste a ciò, ma la sua qualità di mandatario par che possa e debba risultare secondo le regole governanti il mandato.

Alla qual considerazione intorno l'indipendenza dei due negozî, la cui nascita dev'essere esaminata in riguardo alle norme proprie

(1) Su questo punto non par sia possibile il dubbio. Poichè è ben vero che il vizio del titolo dimostrante il credito garantito, colpisce, per la speciale accessorietà che questo ha, anche il negozio concernente la concession dell'ipoteca; ma asserire che ciò debba sempre succedere, è cadere in esagerazione ripugnante alla volontà delle parti. La quale può essere intera nel secondo negozio anche rispetto al primo, che deve perciò produrre il suo effetto, a meno che l'inesistenza di essa non dipenda da difetto di forma specificatamente richiesta, e non osservata nel secondo; sebbene ancor qui possa avvenire, che malgrado ciò, il credito stia per la ragion giuridica risultante a sufficienza nel secondo atto (per es. atto costitutivo d'ipoteca per un credito risultante da *cambiale* inesistente per vizio di forma). In applicazione di ciò ch'è detto nella parte finale del testo, v. C. civ., a. 1311.

Digitized by Google

di ciascuno, si può aggiungere un altro argomento tratto direttamente dalla legge: nelle regole sul mandato è detto che il mandato di alienare e d'ipotecare dev'essere consentito *espressamente*, e parrebbe quindi che la question proposta si debba risolvere negando al mandatario *tacitamente* costituito la facoltà di dar ipoteca sui beni del mandante, e respingendo ogni limitazione di forma rispetto al mandato espresso. La legge stessa non avrebbe con ciò disciplinato il negozio del mandato, in modo al tutto indipendente? Per meglio far constare della volontà del mandante, volle che il conferimento di potere così grave come è quello di alienare od ipotecare, risulti da *espressa* dichiarazione (1); ma della forma estrinseca necessaria perchè questa *espressa* volontà esista, non disse, e l'interprete non ha facoltà d'imporre forme che la legge poteva imporre e non impose, e tanto meno di stabilire nullità in conseguenza d'inosservanza di forme non ordinate.

Per il che parrebbe, che, all'infuori della restrizione concernente il mandato *tacito*, il mandato d'ipotecare, sia esso contenuto nella facoltà generale di amministrare e disporre, oppure sia dato in modo speciale, si possa dimostrare con le prove relative al negozio del *mandato*: ma la dottrina e la giurisprudenza, dominate dalla importanza dell'atto che è nell'alienazion di cose immobili e nell'ipoteca, vennero nell'avviso che la certezza della volontà riferentesi a questi negozî, manchi, se egualmente certa non è la *volontà* che dà mandato di costituirli (2). E nonostante gli argomenti esposti,

---

(1) C. civ., a. 1741.

(2) La volontà del mandante riferendosi alla concessione dell'ipoteca (e così dicasi di ogni altro atto di disposizione) dev'essere manifestata, per aver efficacia, con quella forma che per l'esercizio di tal potere è richiesto dalla legge: il negozio contenente la concessione si differenzia, è vero, dal mandato, ma la *volontà* che vi è espressa di concedere l'ipoteca vien dedotta dal *mandato* in cui effettivamente è contenuta. Cons. ma osservando che per la legge italiana basta a conceder l'ipoteca la scrittura privata: MERLIN, *Rép.* cit. V. *Hypoth.* sez. 2ª, § 3, a. 6.; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 94bis, V.; AUBRY et RAU, op. cit., § 266; GRENIER, op. cit., I, 68; PONT, op. cit.; I, 470; THÉZARD, op. cit., n. 58; GILLARD, op. cit., n. 231; Cass. fr., 29 giugno 1881 (*J. de Sir.*, 1883, I, 218); 23 dic. 1885 (*ib.*, 1886, I, 145); 3 dic. 1889 (*ib.* 1891, I, 525); Cfr. specialmente TROPLONG, op. cit., I, 510.

La qual questione si ripresenta nelle ricerche intorno i poteri conferiti all'amministratore di una società civile; si dirà a suo luogo, se l'amministratore abbia soltanto il potere di far gli atti di semplice amministrazione, quando altrimenti il volere dei soci non abbia stabilito nell'atto costitutivo della società, o con atto po-

Digitized by Google

non si può contestare la gravità di queste ragioni di decidere, così dal lato economico, come dal giuridico: il pericolo di litigi cui si volle sfuggire ordinando la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata per la valida creazion dell'ipoteca, risorgerebbe nel caso che questa fosse consentita da un mandatario: la contestazione sull'esistenza del mandato gitterebbe sul negozio l' incertezza temuta. A ciò s'aggiunga, che se l'importanza economica dell'atto è ragion della forma prescritta non a scopo meramente probatorio, bensì qual forma sostanziale dichiarante l'*esistenza* della volontà, il mandato di alienare immobili o d'ipotecare, contiene *già la volontà di alienare o di concedere ipoteca:* quindi è giusto che di tal volontà consti nel modo ordinato affinchè si possa ritenerla *esistente.*

A) La forma descritta, secondo le osservazioni fatte concerne l'*esistenza* del negozio: della *ratifica* pel caso di vizio, si dirà in seguito.

B) Dal concetto di rappresentanza differisce sostanzialmente la figura dell' obbligazione che alcuno contraendo senza darsi qualità di rappresentante, imponga ad altri: l'invalidità del negozio rispetto all'obbligato che vi è al tutto estraneo, è indubitata: e non importa distinguere se il promittente abbia inteso di obbligare altri, o di

---

steriore: qui occorre d'indagare, se la *volontà* autorizzante a far anche atti di disposizione debba risultare dalla *scrittura* che fosse necessaria per la valida esistenza degli atti stessi. Ora, o che s'affermi, come parrebbe miglior dottrina, che il mandato (espressamente o tacitamente conferito) contenga la facoltà di compiere atti di semplice amministrazione, ed anche di disposizione purchè rispondenti allo scopo sociale, che della gestione (e quindi del mandato) è la ragion diretta e fondamentale di essere; o che si ammetta che la facoltà di far atti di disposizione dev'essere data espressamente, in ogni caso par si debba decidere ch'è sufficiente s'osservi nella dichiarazione di tal volere la forma occorrente alla costituzione della società. Vero ch'è un mandato che vien conferito, ma vero del pari ch' esso non sta come atto a sè, sibbene come parte dell'ordinamento dato alla società (amministrazione). Cons. LABBÉ in *J. de Sir.*, 1886, I, 97.

Se poi il potere di concedere ipoteca non risultasse dell' atto costitutivo della società (come avverrebbe quando quest'atto lo escludesse, o quando non si volesse ritenerlo compreso nel mandato generale di amministrare), o da atto posteriore pur generale rispetto all'amministrazione, sibbene da un atto *speciale* creato a tal fine, non vi sarebbe ragione alcuna di allontanarsi dalle decisioni accolte rispetto al *mandato d'ipotecare.*

A. Nè da ultimo occorre avvertire, che al mandato di accettare l'ipoteca non abbisogna la forma or accennata pel mandato di costituirla; la ragione di costruire dianzi esposta, dimostra agevolmente la differenza ch'è tra le due ipotesi. Cons. BAUDRY-LACANTINERIE, et DE LOYNES, op. cit., II, 1417, in pr.

Digitized by Google

impegnarsi che questi accetterebbe il negozio così costituito. La concessione d'ipoteca che fosse seguita in tal modo, non vincola il titolare del diritto che s'intendeva d'ipotecare, ma questi potrà procedere, secondo or si dirà, alla ratifica, ritenendo come atto suo quello consentito dal promittente.

31. Quando l' ipoteca volontaria è concessa per via di convenzione, parrebbe, senza bisogno di molta ricerca, che dal consenso di entrambe le parti stipulanti debba risultare: certo, il contratto suppone l'accordo delle volontà dirette a costituirlo, e di questo fatto mestieri è che risulti con certezza. Ma, e qui sorge la difficoltà, tal concorso di volontà dovrà essere accettato per via di atto pubblico o di scrittura privata, come occorre per la valida creazion dell'ipoteca. Perchè, altro è dire ch'è necessario il concorso, e altro affermare che la volontà di concedere l'ipoteca e la volontà di accettarla debbono constare dalle due forme su descritte: e la legge stessa riferendosi alla forma necessaria perchè l'atto creativo sia idoneo alla costituzion del rapporto, dichiara che nella scrittura privata la firma del *concedente* dev'essere autenticata dal notaio (1). Non è dunque,

(1) C. civ. a. 1989. Certo, quando s'argomentasse strettamente dal « *consenso* » per cui la « *convenzione* » esiste, parrebbe che il negozio onde trae vita l'ipoteca convenzionale debba comprendere nella sua forma così la volontà del costituente come la volontà del creditore accettante (v. LAURENT, op. cit., XXX, 443 e segg.); ma, senza accogliere ora nella sua generalità l'insegnamento del SAVIGNY (*Obligationenr.* cit., I, § 61), che, argomentando da ciò che di atto di disposizione compiuta rispetto al proprio patrimonio vi ha nel fatto del debitore obbligantesi, asserisce che nel rapporto di obbligazione l'*impegno* del debitore forma la manifestazione oggettiva del vincolo, ed ha nel negozio la parte prevalente (onde la costruzione che coordina al concetto del diritto reale il diritto di obbligazione), ben si può inferirne che nei negozi aventi ad oggetto il « dare » l'atto dell'alienante, che *dispone* del, diritto vi abbia di necessità la prevalenza. Qui la « forma », sia essa ordinata a ragion della gravità che l'atto ha in sè, o lo sia invece pel fine di rendere cauto l'alienante, costringendolo quasi a riflettere meglio su ciò che vuole (ch'è lo scopo della forma ordinata per la donazione; v. da ultimo ASCOLI, *Tratt. della donaz.* Firenze, 1898, cap. X), è statuita in relazione diretta all'*atto dell'alienazione;* e così parrebbe ch'essa non si riferisca al negozio dell'alienazione in quanto comprende il concorso del volere di ambe le parti concorrenti a costituirlo, ma soltanto la parte fondamentale ch'è l'esercizio del potere di disposizione pel quale l'*oggetto* (diritto alienando) è dedotto nel rapporto; e cioè la volontà dell'alienante. Ond'è, che della volontà dell'acquirente potrebbe altrimenti risultare; basta che il suo concorso sia certo (cons. rispetto alla vendita, CHIRONI in *Quest. di dir. civ.* cit., pag. x). E ben s'avvisò in materia di donazione che il mandato

Digitized by Google

badisi, che si voglia con ciò affermare la possibilità di creare l'ipoteca *convenzionale* per via di atto *unilaterale*, perchè la contraddizione ch'è tra i due termini non lo consente: si vuol soltanto avvertire, che la volontà di accettare la concessione può risultare anche da un *fatto* del concessionario (accettazione tacita), che non si possa intendere altrimenti se non come accettazione.

E di ciò s'ha ragione nel considerare la posizion del concedente, e più in generale la condizione di chi si obbliga, che nel negozio assume quasi la parte preponderante, in quanto egli con l'*alienazione*, intesa genericamente oppure in senso proprio, dispone del patrimonio: è una parte del valore generico che vi è contenuto, od un valore speciale ch'è dedotto nel rapporto; e tal fatto crea il sostrato del negozio, in modo che il creditore può anche tacitamente dimostrare l'accettazione sua.

Nella creazion dell'ipoteca può dunque la volontà di accettare risultare da un fatto del creditore: l'iscrizione ch'egli opera, è il fatto che d'ordinario la manifesta.

32. Si è detto che l'*ipoteca volontaria* può essere creata anche per via di negozio *unilaterale* (1), e siccome ciò avviene in ispecial modo quando fosse conceduta per testamento, può sorgere grave dubbio intorno la validità della *forma* nel caso di testamento olografo. Se il testamento fosse segreto, le formalità della consegna e del deposito dànno certezza che l'atto è compiuto dalla persona che lo presenta al notaio ricevente: ma se fosse olografo, si potrà obbiettare contro la valida costituzione dell'ipoteca in esso ordinata, che s'ha una *scrittura privata*, e quindi il difetto della forma idonea all'*iscrizione*?

L'argomento non ha valore, perchè la disposizion della legge intorno la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata avente la firma autenticata dal notaio, o che sia stata riconosciuta giudizialmente, si riferisce all'ipoteca convenzionale; quindi, non è possibile di estendere al testamento una forma ch'è ordinata per un

---

generale, se non può dar diritto al mandatario di *donare*, è sufficiente a ch'egli accetti valevolmente una donazione fatta al mandante, e nella specie dell'ipoteca, la legge porge argomenti netti e decisivi a sostegno della teoria generale or esposta. Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 266; Pont, op. cit., II, 659: Thézard, op. cit., n. 58.

(1) V. la n. seg.

Digitized by Google

atto al tutto diverso, e dove s' ammetta (nè è possibile il contestarlo) che l'ipoteca si può concedere per testamento, è la forma di questo negozio che dev'essere osservata. Tanto più appare accoglibile questa dottrina, quando si pensino le garanzie speciali che la legge ordina, a fin di assicurare la verità del testamento olografo presentato all'autorità competente (1).

33. Due questioni di qualche gravità possono sorgere intorno la manifestazione della volontà del concedente: e una si riferisce all'ipotesi di negozio convenzionale per cui si voglia creare l'ipoteca, e l'altra a questa ed all' ipotesi di negozio unilaterale. Perchè si può dubitare se non sia possibile la concessione dell'ipoteca per via di volontà *tacitamente* manifestata, e per quanto sia ben difficile che in fatto ciò avvenga, tuttavia non è escluso che possa succedere: nei fonti (2) è l'ipotesi d'ipoteca conceduta sui beni di persona ch'è presente all'atto, e non s'oppone quando, se alla concessione non fosse consenziente, avrebbe potuto e dovuto opporsi: e questo è appunto esempio d'ipoteca tacitamente consentita.

---

(1) Alla questione discussa nel testo si rannoda l'altra intorno a chi spetti l'onere di provare la verità del testamento olografo: e anche rispetto a quest'ultima, la risoluzione che la fa gravare su chi impugna l'atto, molto deduce del suo fondamento dalle garanzie ordinate negli articoli 912 e seg. del Cod. civ. Al quale argomento un' altra considerazione di più ampia portata si può aggiungere: che cioè le teorie opposte dànno importanza esagerata alla caratteristica che il testamento olografo avrebbe di « *scrittura privata* », dimenticando che questa è « *forma* » talvolta, e più spesso « *mezzo di prova* », mentre il *testamento olografo* » è istituto distinto, con forma, che sebbene abbia della scrittura privata, è indipendente; il « *fatto* » cioè che è scrittura privata, non può farne tutto un istituto giuridico con questa.

Dunque, male si estendono al testamento olografo le norme relative alla verifica della scrittura privata; e rispetto all'ipoteca non s'osserva, che, s' è atto di disposizione, bene può essere ordinata nel testamento di tal forma. Che importa se la legge esige che la scrittura privata concedente ipoteca, debba aver la firma autenticata dal notaio, od essere accertata in giudizio a fin di potersi procedere all'iscrizione? È forse « *scrittura privata* » il testamento olografo? La legge certo ebbe in vista, nel disporre l'ordinamento suo, la sola ipoteca convenzionale; ma se ciò spiega le sue disposizioni, non induce che per testamento olografo l'ipoteca non possa consentirsi: tanto varrebbe limitare la possibilità di disporre mediante testamento di tal fatta, e nella legge nulla v' ha che ciò autorizzi a ritenere. V. da ultimo la mon. di Abello *Sull'ipoteca testamentaria*, Torino 1899.

(2) L. 26, § 1. D. *De pignor.* (XX, 1). V. pure L. 2, C. *De pign.* (VIII, 16).

Digitized by Google

34. L'altra questione, che si riferisce a tutti i modi pei quali può essere creata l'ipoteca volontaria, è se sia possibile di concedere ipoteca a favore di persona non nominata nell'atto, e che verrà determinata in seguito per via di fatto dipendente da essa: nella qual'ipotesi non si contiene certamente la possibilità ampia di creare l'ipoteca per atto unilaterale, sibbene quella sola di concederla a favore di un credito costituito in modo che il titolare sia indeterminato pel momento, come avviene nel « *titolo al portatore* » (1). Cosicchè, quantunque per ordinario la concessione dell'ipoteca esiga l'indicazione della persona alla quale è consentita, può ben avvenire che riferendosi essa al credito che garantisce, la designazione del creditore vi sia fatta in quei termini nei quali è seguita nella costituzion del credito: e però, se la natura giuridica del negozio consente che all'istante in cui esso è costituito la persona del creditore vi appaia indeterminata, la creazion dell'ipoteca destinata a garantirlo avviene validamente a favore della persona che verrà determinata in seguito qual creditore. Che se poi si volesse far entrare nella costruzione giuridica del titolo al portatore il concetto della « *materializzazione del rapporto di credito* », ch'è la sua vera ragion giuridico-economica (2), non perciò si dovrà inferirne ch'esso sia assolutamente *atto unilaterale*, e quindi sia pur tale la creazione dell'ipoteca volta a garantirlo: il concetto descritto ben s'adatta insieme all'altro dell'*indeterminatezza* del creditore, a dare la ragion di essere dell'istituto (3).

35. La *forma* della quale s'è fin qui discorso, è quella ch'è destinata a rivestire la volontà di *concedere* l'ipoteca: altrimenti avviene, nel caso che il negozio contenesse soltanto la *promessa* di concedere

---

(1) Su quest'istituto v. CHIRONI, mon. cit. e BRUSCHETTINI, mon. cit.

(2) V. CHIRONI, mon. cit. nella n. precedente.

(3) V. da ultimo su quest'argomento BONELLI, in *Giurispr. ital.* 1897. Certo, la costruzione qui seguìta rispetto all'entità del titolo al portatore, può presentare apparentemente qualche vizio, ma non perciò si deve inferirne ch'esso sia sempre e soltanto *atto unilaterale di obbligazione;* a ciò contraddicono la sua formazione storica, e la ragion sua giuridica, perchè come *atto unilaterale* non potrebbe valere, abbisognando l'esistenza del rapporto che per esso si costituisce di una persona che *alieni*, e di altra che *acquisti*. Ma è pur vero, che per effetto dell'indeterminatezza del creditore, non pregiudicante in nulla la validità del rapporto costituito, la *forma* adoperata fa sì, che l'atto che in essa si compenetra si comporti per l'*indipendenza* sua quale *atto unilaterale*.

Digitized by Google

l'ipoteca. S'è detto già come gli estremi riferentisi alla creazione del rapporto non debbano concorrere quando s'è voluto soltanto *promettere* di addivenire a tal atto, perchè dei due atti l'entità giuridica è assai diversa: eguale avvertimento occorre rispetto alla forma, per le identiche ragioni, e però la convenzione inducente la semplice promessa or descritta, non abbisogna di atto pubblico o di scrittura privata che l'affermi. Certamente, se fosse vera (e non par tale) la teoria che promessa di vendita val vendita, e quindi occorressero a ciò le stesse forme richieste per la vendita, altrettanto dovrebbe dirsi della creazion dell'ipoteca: ma troppo par chiaro la diversa entità dei due negozi, perchè si possa valevolmente parificare la convenzione di promettere l'ipoteca a quella che è soltanto vôlta a concederla.

Cosicchè la forma occorrente in questa ipotesi, è determinata dalle regole generali intorno la prova delle obbligazioni.

36. Quando l'atto creativo dell'ipoteca volontaria sia stato ricevuto in paese estero, e l'ufficiale ricevente fosse il console nazionale, le norme or descritte non variano: all'infuori di tal caso, e purchè trattati speciali non abbiano espressamente governato questa materia, la question della forma e del contenuto dell'atto dev'essere risoluta secondo i principî posti dal diritto privato internazionale (1). Per il che, osservando la regola « *locus regit actum* », la forma estrinseca sarà quella ch'è imposta dalla legge del luogo dove l'atto venne ricevuto, aggiuntavi (per la costituzion dell'onere) la necessità della *legalizzazione* (2) onde s'abbia certezza delle firme o dell'ufficiale ricevente: pel contenuto poi, argomentando dall'entità del rapporto ch'è *peso su cosa immobile*, sebbene in definitiva si risolva in un'alienazione di valore, chiaro è che si dovrà osservare la legge del luogo dove l'immobile è situato (3).

37. L'inosservanza della forma ch'è ordinata per la concession dell'ipoteca, genera, secondo i principî qui accolti, l'inesistenza del

(1) Cod. civ. ital., *Disp. prel.*, a. 9.
(2) C. civ., a. 1990.
(3) V. il cap. I. C. civ., *Disp. prel.*, a. 7 *al.*

Digitized by Google

rapporto (1). Si è già osservato, che pur ammettendo la teoria della possibilità giuridica che tra le parti contraenti sia *eseguita* una vendita d'immobili non risultante da scrittura (2), tal proposta non avrebbe applicazione al caso di concession d'ipoteca, ripugnandovi la natura del diritto conceduto, la storia ed il fine della legge. Per il che non soltanto i terzi interessati potranno eccepirla, ma lo stesso concedente può valersene, non risultando, in mancanza di atto pubblica o di scrittura privata, ch'egli abbia voluto concedere l'onere di sicurtà reale; nè di tal vizio s' ha sanatoria possibile, opponendosi a ciò l'entità sua: e l'atto o la scrittura che fossero intesi a sanarlo non indurrebbero effettivamente conferma di ciò che non è, ma conterrebbero la creazione nuova, diretta del rapporto, sebbene la situazione di fatto possa consentire alla parte stipulante d'inferire dal vizio di forma la *promessa di concedere* l'ipoteca, e la sentenza che accoglie questa pretesa possa produrre l'*ipoteca giudiziale.*

38. La sanatoria può occorrere validamente, nel caso che la concessione sia fatta da un mandatario, il cui mandato d'ipotecare non risulti da atto pubblico o da scrittura privata (3): la *ratifica* posteriore del mandante sanerebbe questo difetto di forma, e con efficacia retroattiva, senza lesione bensì dei diritti che il mandante avesse nell'intervallo consentito a terzi. Una difficoltà qui si presenta, e si riferisce alla validità dell'iscrizione spettante in seguito all'atto consentito dal mandatario: parrebbe, ch'esistendo essa contro il mandante, la ratifica copra il difetto inerente alla forma del mandato, e quindi la sanatoria debba riferirsi così all'atto di concessione come all'iscrizione per cui l'ipoteca riman costituita: la qual

(1) La ragion della forma è tale, che l'inosservanza di essa impedisce di supporre che *volontà* sia stata dichiarata a fin di costituire l'ipoteca; ma vedi le n. seguenti.

(2) Confr. tuttavia intorno la possibilità che l'ipoteca consentita per scrittura privata sia effetto di nullità sanabile, e che la sanatoria abbia effetto retroattivo, Gillard, op. cit., n. 250; Labbé, in *J. du Pal.* 1881, I, p. 1153, e App. Pau, 16 marzo 1892 (*J. de Sir.*, 1893, 2, 125).

(3) V. la n. precedente. S'è già osservato che non si può consentire ipoteca per mandato risultante da scrittura privata; ma tal decisione non offende quella che intorno la sanatoria è or proposta nel testo, perchè il *mandatario* avrebbe fatto in tal qualità un atto di disposizione su cosa altrui, e nulla vieta al vero titolare del diritto di riconoscere l'atto come validamente seguìto, o dandosi veste di mandante, oppure supplendo al concedente quel potere di disporre di che in quel momento era privo.

Digitized by Google

decisione risponderebbe al tutto al concetto della ratifica (1). Ma, deducendo logicamente dai principî, parrebbe più vera la decision contraria, perchè l'iscrizione è stata tolta in virtù di un atto in cui il difetto di forma accerta l'inesistenza della volontà del concedente (2).

L'identica risoluzione par si debba proporre anche nel caso d'ipoteca consentita obbligando altri: il terzo ch'è estraneo affatto al negozio, può riconoscere ciò che venne promesso per lui, e la sua dichiarazione val ratifica, il cui valore dev'essere misurato secondo concetti ora esposti.

38*bis*. In entrambe le ipotesi, contro la decisione data, che cioè la ratifica non s'estende all'iscrizione, si può obbiettare che riferendosi l'atto alla concession dell'ipoteca, si deve o negargli ogni effetto retroattivo, oppure estenderlo anche all'iscrizione: la qual difficoltà verrà risoluta in seguito, nello studio intorno l'entità dell'iscrizione, considerata qual atto indipendente (3). E si dovrà pure indagare, se, posta l'efficacia retroattiva della ratifica in modo così ristretto, essa induca *almeno tra le parti* l'*esistenza* dell'ipoteca dal dì della concessione: e anche qui la decisione dipende dal conoscere l'entità dell'iscrizione (*costituzione* del rapporto) di fronte alla *concessione* (*creazione* della sicurtà).

---

(1) Così si dovrebbe decidere, argomentando dal concetto generalmente insegnato che l'*iscrizione* vale soltanto a dar pubblicità alla concessione, che sarebbe cioè atto puramente conservativo; onde l'efficacia giuridica della creazion dell'onere dovrebbe proiettarsi di necessità sull'iscrizione. Ma questo non è il significato che par debba asserirsi a tal « *forma* ».

(2) Distinti i due momenti della *creazione* e della *costituzione* dell'ipoteca, s'intende che quest'ultima debba avere per sè la ragion propria di esistere: e se l'*iscrizione* induce l'alienazione del valore della cosa onerata, *non esiste* se del volere del titolare non consti. Perchè in essa non vi è *obbligazione di alienare*, sibbene l'*effettuazione* dell'alienazion consentita, a quel modo che la vendita di cosa altrui non trasferisce la proprietà, ma obbliga il venditore.

(3) V. la n. preced.

Digitized by Google

§ 4.

Forma intrinseca.

La specialità *dell'ipoteca. Estremi della* creazione *del rapporto.*

A.

Il credito.

SOMMARIO. — **39**. Rinvio ai concetti generali. La specialità nella creazion del l'ipoteca. — **40**. Estremi. Il credito garantito. Caratteri: dev'essere *certo*, determinato nella sua individualità. — **41-42**. Dev'essere *attuale*: o come ragion di credito, o come speranza legittima che sia già nel patrimonio. Credito condizionale. — **43-44**. Non rileva che sia attualmente indeterminato rispetto alla *quantità* come nel credito relativo ad un *conto corrente*; ma non dev'essere indeterminato rispetto alla sua esistenza, come avviene nel credito futuro. — **45**. Del vizio inerente all'atto costitutivo del credito: rapporto tra questo atto e la concession dell'ipoteca destinata a garantirlo. Sanatoria. — **46**. Vizio che intacca l'esistenza dell'atto: obbligazion naturale: le creazion d'ipoteca in relazione ad essa.

39. S'è già descritto lo svolgimento giuridico-economico ch'ebbe nel diritto il rapporto di *sicurtà reale*, si disse lungamente del modo e delle ragioni per cui di fronte al concetto della *generalità* sorse e s'oppose vittoriosamente l'altro della *specialità* del pegno, e si dette pure ampia notizia degli elementi necessari alla valida creazione di esso (1). Di questi concetti generali si vuol far ora applicazion particolare all'*ipoteca*, perch'è la mutazione avvenuta rispetto a tal figura di garanzia, con l'affermarsi della *specialità*, che impose la nuova determinazione dell'entità del «*pegno*» in genere: le ragioni che spingevano a porre quel principio, si riferivano all'istituto intero della sicurtà reale, nè potevano restringersi all'ipoteca, ch'è soltanto una delle forme per cui questa si esplica. Nel diritto antico, dedotto che s'ebbe dal concetto di *obbligazione* l'altro di *esecuzione reale* (2), e da questa figura quella di *garanzia reale*, si mantenne per logica inferenza l'elemento della *generalità*, pel riferirsi dell'obbligazione e dell'esecuzione al patrimonio del debitore, e parve con ciò che anche la *garanzia*, derivata, come s'è detto, dal concetto di *esecu-*

(1) V. il capit. I.
(2) V. il cap. I.

Digitized by Google

zione, potesse insistere sulla generalità dei beni: vero, che nell'antico diritto francese si tentarono istituti in cui con la *pubblicità*, che n'era il fine immediato (onde l'avversione che destarono e che li travolse), s'introduceva indirettamente anche la forma della *specialità* (1) vero, che in qualche provincia francese s'era pure serbata all'entità della garanzia la necessità di un'apprensione figurata della cosa, per il che nell'effettuazione del rapporto veniva il concetto della *specialità* (2); vero, che in alcuni statuti italiani, a questo elemento s'accenna implicitamente nell'ordinamento sulla costituzion dell'ipoteca; ma vero del pari, che la determinazione netta della *specialità*, riferentesi così al *credito* come alla *cosa gravata*; e della *pubblicità*, son la caratteristica del diritto ipotecario odierno.

Della pubblicità si dirà in seguito (3). La *specialità*, ch'è termine essenziale non alla sola ipoteca, bensì al pegno in genere, ha la sua ragion di essere nel fine stesso della *sicurtà*, e nel bisogno sociale di facilitare il credito a chi per la sua condizione patrimoniale può e vuole ricorrervi, e in pari tempo di dare a chi vorrebbe concederlo i mezzi di calcolare la sicurezza di collocamento del capitale: s'intese, cioè a render per essa agevole l'espansione di questo fattore primissimo del movimento economico. E *specialità* rispetto al credito, significa la necessità che s'indichi *qual'*è il credito per cui vien conceduta la sicurtà: così vuole anzitutto il concetto giuridico del pegno, perchè se nella sicurtà si contiene un'alienazion di valore, chiaro è che l'atto vôlto a crearla esige sia indicata o la quantità, o almeno la ragion del credito al quale si riferirà la quantità determinabile in seguito: nè a tal necessità è pur estraneo il fine di accertare la volontà seria, libera, del concedente il pegno, del che s'avrebbe dubbio ove dall'atto di concessione non risultasse ch'egli ben sapeva quale fosse il credito che intendeva di garantire. Alla ragion giuridica s'aggiunge poi quella economica, ch'è la giusta protezione del credito considerata rispetto ai particolari, e rispetto al pubblico: ne ha tutela l'interesse del privato, il quale, dove da altre operazioni non rimanga esaurito il valor

(1) V. Esmein, mon. cit., l. cit.

(2) Così nelle consuetudini di Rheims e Laon; v. Basnage, op. cit., l. cit.; Loyseau, op. cit., II, c. I, n. 34; Esmein, mon. e l. cit.

(3) V. in seg. lo studio sulla *costituzione* dell'ipoteca: l'iscrizione fissa il diritto rimpetto agli interessati ed ai terzi.

Digitized by Google

della cosa, potrà avere anticipazioni di valore da chi non intenda di seguire la sola sua fede personale: è curato poi l'interesse del pubblico, potendo il creditore ben conoscere qual sia il valore ancor disponibile della cosa che gli è offerta in sicurtà. È questo il punto in cui la *specialità* è mezzo necessario all'attuazione vera della *pubblicità;* del che si dirà in seguito.

40. Il credito garantito, per le ragioni ora esposte, dev' essere specializzato, ossia *determinato nella sua individualità;* l'atto creativo dell'ipoteca deve dunque constatare *qual esso sia,* perchè, posto tal termine, riesce poi facile accertare la *quantità*: sebbene, come s'avvertirà a suo luogo, la *specialità* intesa rispetto alla *pubblicità,* considerata cioè rispetto alla *costituzione* del rapporto reale, debba comprendere non soltanto l'enunciazione della *qualità,* ma anche l'altra della *quantità.* Si discute perciò se l'indicazione della quantità non si debba riferire soltanto all'interesse dei *terzi,* e cioè alla *pubblicità* nel significato suo più stretto, così da doversene inferire che tra le parti sia sufficiente l'indicazione della ragion del credito: ma la questione posta così, si riduce al conoscere l'entità dell'*iscrizione,* ossia della forma che secondo la teoria qui proposta conterrebbe la *costituzione* dell'ipoteca.

Del che più avanti. Alla semplice creazione del vincolo è dunque sufficiente la designazion del credito, rilevandosi da essa che le parti, e in ispecial modo il concedente, poterono estimare, con certa notizia delle cose, i termini occorrenti all' alienazion di valore ch'è nel rapporto di sicurtà: la *specialità* si riferisce qui alla sola *ragion del credito*, e ben si osservò (1) che a quella guisa ch'è vietato di concedere ipoteca sulla generalità dei beni, non avendosi con ciò la certezza della libera e seria assicurazione che degli elementi del negozio abbian fatto le parti, è pur vietato di dare sicurtà per tutti i debiti che il concedente, oppure un terzo, avessero, o potessero creare in seguito verso il creditore. Nella volontà così dichiarata, mancherebbe al tutto l'indicazione della *qualità* del credito.

41. A quel modo che pel corrispondersi dei due termini occorrenti alla creazione della sicurtà reale, la *specialità* della *cosa*

(1) Baudry-Lacantinerie et De Loynes, op. cit., II, n. 1399.

Digitized by Google

su cui l'onere è creato sta in relazione alla *specialità* del *credito*, e come non si reputa certa e sicura la volontà dove i due elementi siano indicati con formola generale, sebbene nella *creazione* del negozio la specialità abbia diverso contenuto di quel che occorre per la *costituzione:* e come pure la validità della concessione esige che il concedente abbia la *disposizione attuale* della cosa, o che *attualmente* abbia nel patrimonio un diritto contenente l'aspettativa legittima ch'essa vi entri, ed egli possa disporne, così è pur necessario che il *credito* garantito esista attualmente nel patrimonio del creditore, o vi sia l'aspettativa legittima ch'esso vi entrerà (1). La qual corrispondenza nei caratteri asseriti ai due termini, è guarentigia della seria estimazione che le parti debbono farne.

E con ciò si risolve pianamente la difficoltà che può sorgere intorno la validità dell'ipoteca conceduta per l'*apertura di credito*, dubitandosi assai del tempo in cui il rapporto di garanzia abbia potuto aver nascita: e ciò per due motivi: argomentando dalla natura *accessoria* dell'ipoteca, parrebbe anzitutto ch'essa esista valevolmente solo dall'istante ch'esiste pure il credito garantito, e quindi non dal tempo in cui l'apertura di credito è consentita, bensì dal momento in cui l'avente diritto, valendosene, ha ottenuto le anticipazioni chieste; e poi, quando pur si dicesse che s'ha qui un credito condizionato, la condizione non terrebbe parendo essa meramente *potestativa*, pel suo dipendere dalla pura volontà dell'avente diritto di togliere a credito, e quindi di obbligarsi.

Ma le due obbiezioni non reggono, e l'ipoteca nella specie or descritta ha efficienza non appena il negozio dell'apertura di credito sia consentito: nè occorre perciò asserire che ben può essa concedersi anche per un *credito futuro* (2), perchè, a parte la contestabilità

(1) In questo senso può accogliersi la dottrina insegnante ch'è sufficiente alla concession dell'ipoteca l'*eventualità* del credito, come s'avverte nel caso d'ipoteca data in garanzia dell'obbligo dipendente da evizione. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1280.

(2) Non si vuole riaprire ora la discussione intorno l'impossibilità giuridica di *creare* ipoteca in riguardo di un credito meramente *futuro;* qualunque costruzione si voglia proporre a fin di toglierla urta gravemente contro l'entità giuridica del rapporto di pegno, ch'esige l'*esistenza* dell'obbligazione qual termine essenziale a poterlo creare (v. Huschke, in *Giessen. Zeitschr. f. C. n. Pr.* xx, p. 153 e segg.); la quale ragion di decidere non vuol essere intesa come affermante l'accessorietà del pegno rimpetto al credito garantito, perchè s'è già dimostrato (v. il vol. I,

Digitized by Google

di tal dottrina, qui si ha un rapporto obbligatorio *attuale: l'apertura di credito* è negozio determinato per sè, ch'esiste e dà vita a relazioni giuridiche speciali, e non rileva se soltanto più tardi s'è dato principio alle operazioni che vi si riferiscono, giacchè subito che vien consentita nasce il diritto di chiedere le anticipazioni e l'obbligazione corrispondente di fornirle (1). Dunque, nè obbligazione

---

cap. I) ch'essa, pel modo suo di esistere in relazione all'obbligazione personale, è e si mostra qual rapporto indipendente, a sè, e il carattere di accessorio si riduce soltanto a ciò che per il *fine* dell'esser suo è necessario un rapporto personale di credito. Come *alienazione di valore* sarebbe dunque un rapporto indipendente, ma come alienazione a scopo di garanzia, non si può concepirlo senza il credito che dev'essere garantito, e che non può esserlo se in qualche modo non esiste.

Cosicchè, questa *indipendenza* del pegno non è tale, per ragione del fine giuridico-economico ch'è in esso, da potersi asserire che si può ben crearlo a garanzia di un credito puramente futuro, e che la sua efficacia risalirà poi al giorno in cui è stato costituito (cons. Dernburg, op. cit., § 70); il fine descritto si oppone invincibilmente a tale asserzione. Nè la volontà delle parti potrà validamente soccorrere contro questa impossibilità, perchè non le è lecito di alterare gli elementi sui quali è costruita la figura giuridica del pegno; se la ragion di credito *non esiste* in verun modo, non è dato alle parti di *creare*, in relazione ad un credito *meramente* futuro, un rapporto di garanzia che non avrebbe a *che* riferirsi. Per tal considerazione, il *credito meramente futuro*, par si debba agguagliare al *credito inesistente*, e quindi *pegno prima del credito meramente futuro* varrebbe *pegno senza credito* (cfr. e con. Eisele, in *Arch. f. Civ. Trax.* 1867, p. 307 e segg.); e non importa che si distingua il rapporto *proprio di pegno* dall'*obbligazione della cosa* (*obligatio rei*), e si dica che quest'ultima figura può esistere giuridicamente anche se non vi concorra l'altra del *pegno*, e quindi senza ch'esista ancora il credito da garantire, perchè, a parte il considerare che a questo concetto alcuni aggiungono, come termine fondamentale, la *volontà* manifestata in relazione a tal fine (Windscheid, op. cit., *l. cit.*), altri l'*obbligazione sorta* rimpetto al creditore di voler essere tale (v. la mon. di Regelsberger, *Z. Lehre v. Altervorzug d. pfandr.* Erlang. 1859), l'obbligazion della cosa sarebbe sempre volta allo scopo del pegno.

Vero è, che al risultato cui giunge questa teoria si può arrivare correttamente, costruendo sul concetto fondamentale qui proposto dall'*alienazion del valore* (vol. I, cap. I); questo contenuto può dar vita giuridica all'atto col quale venisse *onerata la cosa* per via dell'alienazione del valore ch'è in essa, e condizionando il negozio alla costituzione avvenire del pegno: oppure, ricorrendo alla figura della promessa di pegno, che può condurre indirettamente al fine voluto col mezzo dell'ipoteca giudiziale. Inutile è poi osservare che ristringendo la possibilità del *vincolo sulla cosa* al caso di obbligazione già esistente pel creditore, *impegnativa* per lui, si ha, com'è detto nel testo, un rapporto obbligatorio che giuridicamente esiste, e che non soltanto può dunque dar causa a tal vincolo, ma al rapporto reale di sicurtà.

(1) La figura della condizione meramente *potestativa*, che impedendo l'esistenza dell'obbligazione, la impedisce pure al pegno, è qui esclusa (v. la n. prec. in f.);

Digitized by Google

futura, qui si ha, nè obbligazione *condizionale*: l'*esercizio* soltanto può non essere attuale, ma la *relazione giuridica* determinata dal negozio consentito, è veramente *attuale*.

42. Separata così l'entità propria, distinta, del negozio di « *apertura di credito* » dalle singole operazioni che vi attengono, chiaro è, che i termini in cui essa giuridicamente si svolge, son quelli che le parti le hanno espressamente assegnato: e però, se l'esecuzione sua è stata fissata rispetto ad una somma determinata, in modo che l'insieme delle operazioni singole non possa eccederla, ed una volta che sia raggiunta s' intenda pur esaurita la possibilità di continuarne altre, non è dubbio che l' ipoteca consentita dovrà garantire le sole anticipazioni effettuate fino alla consumazione della somma fissata. Le parti son certo libere di riaprire l'operazione, e di convenire dopo il saldo della prima, che l'apertura di credito ricomincierà: sono pur libere d' indurre questa modificazione al rapporto del quale non sia intervenuto ancora il saldo: ma se prima che tali mutazioni siano state convenute, altri abbia acquistato e conservato diritti sulla cosa gravata d'ipoteca pel negozio originario, la garanzia non si potrà estendere oltre i termini che a questo erano stati assegnati. Quindi, l' ipoteca assicurerà soltanto quelle parziali operazioni di credito riferentisi alla somma conceduta per una volta tanto: si può certo mantenerla anche per le nuove operazioni possibili in seguito alle mutazioni descritte, ma come è nuova la convenzione, così è nuova la sicurtà, e però dalla sua nuova costituzione essa avrà efficacia giuridica.

Se invece l'apertura di credito non fosse stata limitata al primo esaurimento della somma ricevuta, e le parti avessero fissato il

---

vero è, che il risultato cui si giunge (unendo questo concetto all'altro di pegno pel credito futuro) di potersi dar nascita all' ipoteca costruendo nell' « *obligatio rei* » distinta dal rapporto reale di pegno, si può meglio conseguire col concetto di « *alienazion del valore* » qual contenuto di un negozio distinto.

Nel credito *eventuale* si ha difatti un rapporto constituito tra le parti, sebbene l'effettuazione sua senta l'influenza dell' eventualità che v'inerisce: quindi questo rapporto esistente, e dal quale emanano obbligazioni tra gli interessati, ben comporta la garanzia ipotecaria, Altrimenti avviene nel credito puramente futuro, mal potendosi concedere ipoteca pel caso che il concedente diventi debitore di una data somma verso il concessionario, senza che a questi sia fatto obbligo veruno di prestarla; ma cfr. la mon. di Bonelli, *L'ipoteca per debiti futuri*, Bologna, 1894, in f.

Digitized by Google

termine di durata del negozio, e del conto corrente, o non ne avessero fissato alcuno, intendendo nei due casi di non voler tenere il primo esaurimento della somma originariamente assegnata come il momento della chiusura e della conseguente liquidazione delle partite, è indubitato che la relazione di apertura di credito dura fino a che con lo scader del termine fissato, od il voler delle parti, non sia chiusa (1). E in tal caso, qualunque siano le operazioni fatte mentre ch'ebbe esistenza, e sebbene più volte la somma fissata sia entrata in nuove e successive operazioni, l'ipoteca garantirà lo sbilancio residuale che può rimanere in questo istante dopo le vicendevoli compensazioni di dare ed avere: non le operazioni singole, sibbene l'*apertura di credito* è il negozio che fin da principio l'ipoteca era intesa a garantire. Nella qual opinione si consente dai più, argomentando

---

(1) Questa è la decisione, se non la costruzione, comunemente seguìta. Duranton, op. cit., XIX, 244; Aubry et Rau, op. cit., § 266; Laurent, op. cit., XXX, n. 528; Grenier, op. cit. I, 299. Thézard, op. cit,. n, 69; Pont, op. cit., II, n. 718 e seg.; Guillouard, op. cit., II, 103; Gillard, op. cit., n. 3 09 e seg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1280 e segg.; Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n. 729. Ma cfr. sulla dottrina anteriore, che determina la soluzione dal concetto non bene invocato, della condizione potestativa da parte dell'accreditato, affermando perciò l'esistenza dell'ipoteca dal solo dì in cui questi si fosse valso del credito, Basnage, op. cit., c. I, sez. 3ª, Domat, op. cit., III, t. 1, 2, 3 e 4; Pothier, *Hypoth.* cit., n. 62; Merlin, *Quest. de dr. hypoth.*, § 3, n. 2. La costruzione che presso una parte della dottrina odierna accennerebbe a prevalere (v. la n. 2 a pag. 134) rispetto alla figura del « *credito futuro* » comprende di necessità ancor l'altra dell'obbligazione condizionata in modo meramente potestativo al volere dell'obbligato: della qual costruzione s'è già detto come poco corrisponda ai principî cui s'informa la legge, sebbene ai risultati così non ottenibili si possa giungere argomentando dal concetto dell' « *alienazion del valore ch'è nella cosa* », qual contenuto speciale di negozio giuridico. Nè a dichiarare l'applicazione fatta nel testo rispetto al contratto di « apertura di credito » e di « conto corrente », è necessario argomentare dalla considerazion del vincolo obbligatorio, tenuto, per l'elemento patrimoniale, come oggetto per se stante: la bella concezione del Savigny, *Obligationenr.*, cit., l. cit, dev'essere coordinata ai termini essenziali, da cui deriva la costituzione del vincolo obbligatorio; e nella specie studiata non occorre di forzarla, a fin di spiegare una decisione che si giustifica per sè, considerando cioè gli elementi proprii del negozio che nello speciale modo di essere suo, è già esistente. L'azione dell'accreditato dà effetto (non nascita) all'obbligazione dell'accreditante, e (questo è il punto essenziale) non importa se in conseguenza verrà a suo carico l'obbligazion di rendere: tale obbligo è connesso di necessità al credito dato, e il diritto di ottenere il credito, e quindi l'ipoteca che garantisce il credito così ottenuto, esiste con la costituzione del negozio.

Digitized by Google

dalla cosidetta « *indivisibilità* » del conto corrente (1), che significherebbe necessità giuridica, dipendente dall'entità stessa del rapporto, di non spartire il negozio per sè stante, in tanti momenti quanti sono gli atti pei quali è esercitato: meglio è, a fin di evitare incertezze nella costruzione, di ritenere che le singole operazioni (2) non hanno importanza giuridica, se non perchè si riferiscono al negozio di « *conto corrente* » che per loro mezzo si esplica: questa posizione giuridica indipendente, determinata, le assorbisce. Ma badisi: le assorbisce nel senso, ch'è il negozio di « *conto corrente* » quello che per l'entità distinta sua è unicamente posto in rilievo, e non perchè considerate come unità singole siano al tutto indifferenti; a quel modo che avvien delle cose *complesse*, in cui nonostante l'intero che risulta dall'aggregare le unità, ognuna di queste può aver considerazione giuridica, così nel *conto corrente* è l'*insieme* delle operazioni che ha risalto, sebbene di ognuna delle operazioni si possa e si debba discutere l'esistenza ed il contenuto. Chiaro è dunque, che l'ipoteca relativa al conto corrente per sè stante si riferisce all'esistenza sua (3) e cioè, non alle singole operazioni considerate

---

(1) V. tuttavia pel caso che le parti avessero fissato il termine del negozio, senza la riserva della possibilità di continuarlo, App. Rouen, 29 genn. 1849 (*J. du Pal.* 1851, 1, 65). Ma si può valevolmente convenire che nonostante la scadenza del termine fissato pel conto corrente, il creditore avrà pei crediti che concedesse in seguito la garanzia della stessa ipoteca? Lo asserisce la Cass. fr. 23 marzo 1874 (*J. du Pal.* 1874, 895) quando nell'iscrizione tal riserva sia stata dichiarata a fin di renderla valevole di fronte ai terzi; ma non pare sia decisione corretta, perchè la *riserva* designa non l'*eventualità* bensì la *possibilità* del credito, non il credito *eventuale* cioè, ma il credito futuro. Purchè, s'intende, la *riserva* non valga *continuazione del conto corrente*, non facoltativa pel concedente, ed *obbligatoria* a richiesta dell'accreditato.

Senza difficoltà si può invece accogliere la decisione, che la rinnovazione degli effetti cambiarî emessi per virtù del conto corrente nel termine a questo fissato, è garantita dall'ipoteca consentita a dargli sicurtà (Cass. fr. 9 marzo 1869, in *J. de Sir.* 1869, I, 263); s'argomenta dal concetto del *rinnovo* senza *novazione*, ossia del fatto della *dilazione* al pagamento del debito cambiario quale risulta dalla chiusura del conto.

(2) Su questo punto v. Cass. fr. 29 dic. 1880 (*J. du Pal.* 1881, I, 382).

(3) S'intende che le parti possono pattuire nella costituzion del conto corrente che non vi saranno compresi oltre le operazioni che propriamente vi entrano quali parti sue integranti, i risultati di affari anteriormente compiuti (Cass. fr. 29 marzo 1886) (*J. de Sir.* 1886, 1, 301): intenzione ch'è già nel fatto dell'essersi stabilito un termine dal quale il negozio di apertura di credito dovrà valere (Cass. fr. 29 nov. 1892. *J. du Pal.* 1893, 1, 70).

Digitized by Google

per sè, sibbene nel riferimento loro al negozio di cui sono legittima esplicazione.

43. Cosicchè appar sufficiente che il credito sia *determinato* rispetto alla sua entità, all'esser suo, e se pur fosse *indeterminato* nella quantità nessun danno avrebbe da ciò la validità dell'ipoteca, come avvien per l'ipoteca legale concessa al minore a garanzia del credito che potrà derivargli dall'obbligazione *già esistente* del tutore di rispondere delle malefatte commesse nell'amministrazione (1); accertato *qual* sia il credito cui s'aggiunge la garanzia ipotecaria, s'intende che come il fatto del non sapersi, senza previo appuramento di conti, qual somma sia in realtà dovuta non toglie che il debitore non la debba, così l'ipoteca ben può assicurare il credito pel *quantitativo* che risulterà. Altro è vedere, se nel compimento delle formalità occorrenti per l'iscrizione occorra la necessaria indicazione della quantità: di questo elemento, e della funzione sua, e del come abbia quasi carattere figurativo, non potendo in alcun modo (pel rapporto ch'è tra l'ipoteca ed il credito) prevalere al *reale* ammontare del debito, si dirà a suo luogo: ora basti notare che la garanzia segue la ragion determinata del credito: perchè se, come pur avviene pel soggetto (2), l'indeterminatezza dell'oggetto, intesa nel senso che il dirimerla derivi da un fatto, non altera il rapporto di credito, evidentemente non altera neppure il negozio accessorio dell'ipoteca destinata a garantirlo.

Quindi, se l'ipoteca può accedere validamente ad un credito di cui sia in realtà indeterminato l'oggetto (p. es. obbligazione di genere: obbligazione alternativa), a maggior ragione si dirà che ciò avviene quando non l'oggetto, bensì la *quantità* dell'oggetto sia indeterminata; non la determinatezza *attuale*, bensì la determinatezza è sufficiente per l'esistenza del negozio principale e della sicurtà che vi accede. E siccome la *indeterminatezza attuale* dell'oggetto, o della sola quantità, non vieta che il *credito attualmente* sia, e se ne ha esempio nel rapporto dianzi ricordato dell'*apertura di credito in conto corrente* (3), così si deve distinguere questa figura dall'altra dell'*esistenza futura* del credito:

(1) Cass. fr. 13 nov. 1889, *J. du Pal.* 1893, 1, 510; 15 nov. 1898; *ib.*, 1899, 1, 141.

(2) Secondo è già occorso di avvertire nell'ipotesi d'ipoteca costituita in garanzia di credito sotto la forma di titolo al portatore.

(3) V. i nn. prec.

Digitized by Google

vero è, che talvolta si costruisce la dottrina della valida ipoteca accedente all'apertura del credito, argomentando dal credito *futuro* (1), ma è pur certo che così si confonde l'*esistenza attuale* del credito sebbene *indeterminato nell'oggetto*, con l'*esistenza futura sua:* due concetti cioè al tutto diversi. Il credito *puramente futuro* non può come tale consentire la valida creazione dell'ipoteca destinata a garantirlo (2): perciò questa *esisterà* soltanto dal momento in cui esso diventi *attuale,* ne è possibile giuridicamente di farla retroagire al giorno in cui è stata regolarmente costituita, non potendovisi retrotrarre il credito a fin di supporlo *attuale* fin d'allora; nè la garanzia esiste, se manca il negozio alla cui sicurtà deve accedere (3).

44. Dalle quali considerazioni riman posta in luce la differenza ch'è fra il credito *attuale,* l'*eventuale* e quello meramente *futuro:* nell'appellativo « *eventuale* » si comprendono le varie figure ora determinate in contrapposto al credito *attuale* ed al *futuro,* per mostrare che in alcuni casi non s' ha propriamente l'*attualità,* ma una speranza legittima che questa s'avrà, oppure una *ragion di obbligazione* alla quale il credito *se esisterà* si dovrà necessariamente connettere: si ha dunque non un credito *futuro,* bensì uno speciale modo di essere dell' *attualità*, perchè è *attuale* il rapporto patrimoniale cui, come a sua origine giuridica, si connette il credito che potrà risultare (4). Nel credito *eventuale* si comprendono dunque così il credito *condizionale* come l'*indeterminato* per ragion dell'oggetto, o della quantità (ch'è sempre indeterminatezza oggettiva): ed in quest'ultima classe vengono quei rapporti giuridici con efficacia continuativa, ch'esistono attualmente come rapporti di obbligazione, e al cui chiudersi può l'obbligato rimanere in debito in seguito alle operazioni compiute nell'esercitarli, o non compiute così com'era dover suo: in questi negozi esiste fin da principio l'ob-

(1) V. a pag. 134, 135, t. e n.
(2) V. la n. prec.
(3) V. la n. prec.
(4) Sulle costruzioni dedotte dalla considerazion della volontà che valevolmente potrebbe costituire il *vincolo della cosa* senza che questo rapporto sia ancora *diritto di pegno*, e su quelle che argomentano dalla natura giuridica del vincolo patrimoniale, quale oggetto per sè stante del rapporto obbligatorio, v. il rinvio nella nota 1.

Digitized by Google

bligazione di restituire *qualcosa*, se alla chiusura del rapporto (assestamento di conti) *qualcosa* sarà ancor dovuto dall'obbligato, o di rifondere *qualcosa*, s'egli per la cattiva osservanza dei suoi impegni abbia dato ingiuriosamente danno (1). Qui la *ragion dell'obbligazione* è *attuale*, nè si può dunque confonderla col concetto del « *credito futuro* », onde mal s'argomenta dalla valida creazion dell'ipoteca in questi casi, la possibilità di crearla a fin di garantire crediti puramente futuri; e questa figura di *eventualità* del credito (*attualità* della ragion costitutiva di esso) occorre nell'apertura di credito in conto corrente, e nei contratti involventi l'obbligazion di rispondere dell'uso o dell'amministrazione di una cosa o di un patrimonio (2).

45. Nella costruzione proposta del diritto di pegno, si pervenne a stabilire il concetto fondamentale intorno la relazione tra il rapporto di sicurtà ed il credito garantito, segnalando i due aspetti che il pegno vi assume: se pel fine della garanzia ch'è insieme scopo economico e giuridico suo, esso abbisogna costantemente per poter esistere ed essere esercitato (3), del rapporto personale di credito alla cui sicurtà è volto, e par quindi che in certa guisa a questo *acceda* (4); per un altro verso poi, considerato cioè il contenuto giuridico suo, l'alienazion di valore che ne è l'oggetto diretto, immediato, apparisce come rapporto distinto in cui il rapporto personale vien quasi assorbito. Ora, applicando questi due concetti e argomentando dall'influenza che il *credito* esercita

(1) V. il rinvio fatto nella n. prec.

(2) Esiste cioè immediamente, ed in conseguenza del rapporto costituito una determinata obbligazione: che poi non seguano i fatti per cui questa si estrinseca ed il creditore acquistò il corrispondente diritto di esigerne l'esecuzione, non rileva: certo è che l'obbligazione *esiste* di già, e quindi valevolmente si dà ipoteca a garantirla. Nei contratti bilaterali perfetti ciò apparisce nettamente: e con pari fondamento pur si rileva negli imperfetti inducenti l'obbligazione *ex post facto*, perchè sebbene fin da principio questo non risulti differenziato, pure *per effetto del contratto* s'ha già l'obbligo di rispondere pel caso s'avverino in seguito i fatti che alla responsabilità contrattuale dànno causa. Cosicchè, per ciò che ha tratto all'*eventualità* del credito rispetto alla valida creazione dell'ipoteca, la differenza tra le due ipotesi si riduce ad una determinatezza più rilevata nel primo caso, meno nel secondo; ma l'*eventualità* è eguale in entrambe.

(3) V. il cap. I.

(4) V. su questo carattere di *accessorietà* del pegno, e sul modo d'intenderla, il cap. I cit.

Digitized by Google

sul rapporto reale, e considerando poi, o la figura di *accessorietà* ch'è nel primo di essi, od invece l'*alienazione di valore* ch'è nel secondo, e che rimane influenzata dal credito perchè se non *identico*, *uno* è il valore dovuto, e il valore ch'è nel pegno è quello ch'è già nel credito: chiaro è, che qualsivoglia di queste due figure si consideri, l'*invalidità* che può infirmare il rapporto personale garantito (sia esso il rapporto al quale originariamente accedette la garanzia, o pur sia altro che in seguito gli sia stato sostituito), spiega di necessità il suo effetto sulla validità della garanzia. La quale, dove si avverta soltanto a quel che comunemente si dice « carattere *accessorio* del pegno » (1), non può non sentire in sè l'invalidità del negozio che rimpetto ad essa è principale: e quando si badi invece al contenuto descritto, è alienazion di valore che sta in quanto questo valore è dovuto mediante l'obbligazion personale, perchè *economicamente* il valor dovuto dalla *persona* e dalla *cosa* è il medesimo (*identità* economica, *unità* giuridica dei due valori).

Ma questa coincidenza dei due fini giuridici rispondenti alle due figure distinte (obbligazione personale; garanzia reale, *obligatio rei*), nell'identico fine economico, fa sì, che come l'invalidità dell'elemento personale si ripercote sul rapporto di sicurtà, così la costituzione valida di quest'ultimo può agire in qualità di mezzo sanatorio dei vizî che quello infirmano: l'identità economica del fine, del valore dovuto, suppone di necessità che le parti nel costituire la sicurtà, e concedere l'alienazion del valore ch'è nella cosa onerata in quantità corrispondente al credito garantito, intendano di affermare e rendere più sicuro il rapporto *personale*. Quindi, se la costituzione della garanzia reale non sia avvenuta in quelle stesse condizioni di tempo e di modo per cui è invalida l'obbligazion personale, essa varrà certamente quale conferma o sanatoria dei vizî dai quali questa ha offesa: conferma tacita, dovendosi inferire dal fatto della costituzion del pegno, che contiene già l'avviamento all'esecuzione *reale* (2), la volontà di sanare le nullità riferentisi all'obbligazione assicurata.

---

(1) V. la n. prec.

(2) La concessione dell'ipoteca non è certo *esecuzione*, ma vi può essere agguagliata per dire che vi è contenuta la *conferma*, quando si osservi che designando i beni sui quali *si consente specialmente la garanzia patrimoniale*, vien preparata *l'esecuzione;* d'altra parte, la sanatoria meglio apparisce ove si consideri che *alienando il valor* della cosa onerata, nella misura corrispondente al credito, si conferma, si

Digitized by Google

A) Dall'*identità* economica or descritta dei due valori cadenti nell'obbligazione personale e nel rapporto reale, parrebbe giusto inferire la impossibilità giuridica che la garanzia si possa applicare ad altro credito che non sia quello per cui originariamente venne costituita: ma, come s'è osservato, l'*identità* si riferisce al valore, al *quantum*, senza considerazione della causa speciale all'obbligazione da cui deriva: il rapporto che si mantiene inalterato tra l'obbligazione originaria e la sicurtà è la *quantità* del valore alienato, non la causa, non l'obbligazione stessa. Il qual concetto ben risponde alla *realità* dell'alienazione di valore ch'è nel pegno: e spiega la possibilità della sostituzione di altra ragion di obbligazione a quella originariamente costituita, rimanendo immutata la *quantità* originaria del valore alienato.

46. La ragione del vizio infirmante il rapporto di obbligazione può essere tale da togliergli l'entità d'obbligazione *civile*, lasciandogli per altro quella di obbligazion naturale; e nel costruire il concetto generale del pegno (1), occorse già di avvertire che a rapporto di tale specie mal può convenire secondo il diritto odierno il sussidio della garanzia, perchè se il creditore non ha per esso il diritto di agire, indirettamente poi l'otterrebbe in conseguenza della sicurtà: al quale risultato s'è pur giunti argomentando dall'ordinamento legale intorno la fideiussione (2). Ora, a parte il caso che nella costituzion d'ipoteca avvenuta in garanzia di un'obbligazione puramente naturale si possa riscontrare la trasformazione di questa in civile, ben potendo il vincolo naturale dar causa valida ad obbligo civile senza che in ciò sia *novazione* (che tra quei due termini non potrebbe validamente avvenire): senza contraddire al risultato esposto (3) si deve tuttavia completarlo, argomentando così dalla ragione intima del pegno, come dalla virtù riconosciuta all'obbligazione naturale.

Perchè è indubitato che considerata la sicurtà reale secondo il

---

convalida l'obbligazion personale. Nè occorre rammentare, che alla validità della conferma abbisogna il concorso dei termini soggettivi ed oggettivi voluti all'uopo dalla legge: C. civ., a. 1309.

(1) Cap. I cit.

(2) V. la n. preced. Cod. civ., a. 1899.

(3) V. il vol. I, c. III; la costruzione che vi è proposta, dev'essere compiuta con le considerazioni ora fatte nel testo.

Digitized by Google

solo fine della *garanzia*, il pegno, come pur avviene della fideiussione, non possa accedervi, per essere quel vincolo personale improduttivo di azione: e si trasgredirebbe alla legge, se quel che il vincolo per virtù propria non ottiene lo avesse per via di un rapporto accessorio, che pur da esso deve avere consistenza giuridica. Il ragionamento ben si regge dunque finchè sia condotto sul concetto di *garanzia*, e però la risoluzione data sull'invalidità della fideiussione statuita per malleveria di un'obbligazione naturale, non cangia: ma nel pegno, oltre a questo termine della garanzia bisogna pur considerare l'altro elemento ch'entra per molto a formarne l'entità, e cioè l'*esecuzione* reale, l'alienazion di valore. E compiendo con ciò l'induzione, si vede che il pegno produce per questo verso rispetto all'obbligazione naturale, ciò che, considerato soltanto come garanzia, non potrebbe produrre: la costituzione della sicurtà *reale*, involve come un'esecuzione del vincolo per via della concession del valore ch'è nella cosa determinata; vero è che il *carattere* di garanzia ch'è pure nel pegno rende quest'alienazione condizionale, ma ciò non toglie ch'essa si produca. Per il che parrebbe, che se la risoluzione altra volta esposta regge (1) dove si pensi al fine di *garanzia* contenuto nel pegno, altrimenti si debba decidere quando si badi all'entità del rapporto, dov'è alienazion di valore, che se non significa ancora *esecuzione* è tuttavia preparazione, specializzazione dell'*esecuzione* reale: è cioè un atto per cui apparisce indubitata la volontà di eseguire l'obbligazione, e quindi, restringendo di necessità la dottrina al caso che l'ipoteca sia costituita per via di atto *volontario* dallo stesso *obbligato*, par chiaro che la creazione di tal negozio seguìta dopo ch'è sorta l'obbligazione naturale, induca l'intendimento di soddisfarvi.

Certo, si potrebbe opporre che nella sua concezione odierna il fine della garanzia è prevalente nel pegno, ma ciò non parrà molto esatto (2): e che se l'*esecuzione* che vi è contenuta è soltanto la

(1) V. il rinvio fatto nella n. prec.

(2) La dottrina or proposta, e che pare in contraddizione a quella altre volte esposta intorno l'*esistenza dell'obbligazione* qual termine costitutivo del pegno, è lo sviluppo del concetto di « *esecuzione* » ch'è nella sicurtà reale: dal quale concetto s'è pur dedotta la possibilità ch'essa valga di conferma tacita, di sanatoria all'obbligazione garantita che fosse infetta di annullabilità. Si dirà, e lo si è osservato nel testo, che la caratteristica del pegno è il *fine della garazia:* e non v'ha dubbio che ciò sia; ma questo non fa che non si debba pôr mente anche

Digitized by Google

specializzazione del diritto di esecuzione reale ch'entra nella struttura del diritto di obbligazione, il creditore di un'obbligazione naturale, impedito di valersi, pel difetto di azione, dell'esecuzione in genere, non può aver vantaggio da quella specifica contenuta nel pegno. La qual difficoltà non regge: nell'esecuzione ch'è nel pegno bisogna pôr mente al significato della *volontà del debitore*, all'intendimento cioè cosciente e volontario ch'egli ha di adempiere: non si afferma dunque che la garanzia reale può validamente accedere all'obbligazione naturale, ma che la *costituzione volontaria di tal garanzia fatta dallo stesso obbligato induce tacita volontà di soddisfare quell'obbligo* (1).

B.

La cosa onerata di sicurtà ipotecaria.

SOMMARIO. — **47.** Regola: l'ipoteca si può creare soltanto su immobili. Determinazione di essi: immobili per natura. Valore del provvedimento legislativo enunciante le cose suscettibili d'ipoteca: interpretazione. — **48.** Beni immobili per natura. Alienabilità. — **49.** Beni demaniali. Ferrovie. — **50.** Concessione dell'esercizio delle ferrovie. — **51.** Linee tramviarie. — **52.** Sottosuolo. — **53.** Soprasuolo. — **54.** Superficie. Rinvio. — **55.** Concessioni di occupazione del sottosuolo. — **56.** Concessione di occupazione del soprasuolo. — **57.** Corsi d'acqua. — **58-59.** Ipotecabilità della nuda proprietà. Può esser costituita l'ipoteca sulla nuda proprietà dallo stesso proprietario? O sul solo usufrutto? — **60.** Estensione dell'ipoteca alle cose che accedono all'immobile ipotecato. — **61.** Diritto di accrescimento. — **62-63.** Costruzioni fattevi dal conduttore che ne avesse ottenuta la concessione pel tempo della locazione. Questioni. — **64-65.** Prodotti della cosa. — **66-67.** Frutti civili. — **68-75.** Ipotecabilità della servitù. Può il proprietario costituire ipoteca contenente potere di costituire una determinata servitù? Questioni. — **76.** Ipotecabilità dell'enfiteusi. — **77-78.** Ipotecabilità del diritto di superficie. Questioni. — **79-80.** Cosa indivisa. — **81-82.** Cose mobili. — **83.** Eccezioni intorno l'ipotecabilità di cose mobili determinate. — **84-96.** Ipoteca navale. A quali navi si estenda: accessorî che comprende. Nolo. — **97-98.** Titoli di rendita dello Stato.

---

al concetto di « *esecuzione* » che v'inerisce specialmente quando per essa s'hanno conseguenze giuridiche speciali. Come s'è detto per la conferma, ancor qui si deve osservare, che il fatto della concession dell'ipoteca induce esecuzione, quando segue in tal tempo e modo che ne risultino le due qualità a questa essenziali, la *scienza* cioè, e la *volontarietà* dell'obbligato concedente. Cod. civ., a. 1237 al.

(1) V. la n. prec.

Digitized by Google

47. L'ipoteca può essere conceduta soltanto su beni *immobili*(1): nè rileva, secondo si dirà in seguito, che eccezionalmente alcune cose speciali che avrebbero qualità giuridica di cose *mobili* per natura, oppure di cose mobili per determinazione della legge, siano oggetto idoneo d'ipoteca. La ragion fondamentale per cui nell'ordinamento legale odierno l'ipoteca si differenzia dal pegno, consiste tutta nella diversità dell'*oggetto* idoneo alla costituzione di ognuno di questi due rapporti; e la legge civile (alla quale per la compiuta notizia delle cose suscettibili d'ipoteca, si debbono coordinare le disposizioni contenute nelle leggi speciali) indica nettamente gli *immobili* ch'essa fa idonei a ricevere la valida concessione del vincolo ipotecario. Indicazione fatta *taxationis causa*, secondo si rileva dal modo stesso col quale la disposizione è condotta, e dalla considerazion del potere che il legislatore ha di valutare l'entità economica e giuridica dei beni, a fin di stabilire se possano essere oggetto idoneo del diritto reale d'ipoteca: dei quali due concetti, il primo è giustificato dall'avvertire che se la legge non avesse inteso di disporre tassativamente non avrebbe certo specificato gli immobili sui quali si può validamente concedere l'ipoteca (2); ed il secondo non ha minor consistenza, dove si pensi, che, sottraendone il giudizio all'estimazion delle parti, la legge indagò e dichiarò rispetto a quali immobili la trasformazione economica del valore ch'è nel fine dell'ipoteca, non contraddica all'entità giuridica che ad essi è propria: coordinò cioè all'ordinamento ipotecario i criterî tenuti nello specializzarli.

48. Prima d'indicare partitamente i beni immobili che sono idonei a sopportare ipoteca, è necessario avvertire che debbono essere in *commercio* (3), perchè altrimenti, non avendo essi qualità di

(1) C. civ. ital. a. 1967; C. civ. fr. a. 2118; C. civ. spagn. a. 1874; Cod. civ. port. a. 889; C. civ. del Mess., a. 1940; C. civ. del Basso Canadà, a. 2016; C. civ. della Rep. Arg. a. 3108; C. civ. del Chilì a. 2407; C. civ. del Guatem. a. 2018; C. civ. dell'Urug. a. 2278; C. civ. austr. 448; C. civ. germ. 1113; C. civ. del Giappone a. 369. V. sul *mort gage*, Pollock, op. cit., cap. I.

(2) Cons. Baudry-Lacantinerie, op. cit., II, 950.

(3) C. civ. a. 1967; mancherebbe altrimenti l'alienabilità, e quindi il modo per cui si può procedere a ridurre in *valore* le cose onerate d'ipoteca. Cons. L. I, § 2 D. 2, *res pign.* (xx, 3); Negusant, op. cit., 3, p. 2, n. 69; Glück, op. cit., § 1090; Windscheid, op. cit., § 226-227; Vangerow, op. cit., § 367; Dernburg, op. cit., §. 24; Exner, op. cit., § 3 in pr.; Aubry et Rau, op. cit., § 778; Laurent, op. cit.,

Digitized by Google

alienabili, non potrebbero valevolmente comportare alcun atto di disposizione: la vendita è il negozio per cui s'ottiene la trasformazione economica della cosa, affinchè sul valore si possa conseguire quel ch'è oggetto proprio dell' ipoteca, e con l' inalienabilità vien meno la possibilità di attuare tal mezzo, e così ancor quella di raggiungere il fine della sicurtà. Ma ciò non fa, che, secondo i principî più certi, la concessione dell'ipoteca su cosa che nel momento è fuori di commercio, non sia valida se l'oggetto venne considerato rispetto alla possibilità che in avvenire cessi tale impedimento: la concessione sarebbe così avvenuta condizionatamente, e cessato l' ostacolo giuridico, il concessionario avrà diritto di far iscrivere l'ipoteca, senza che occorra un atto nuovo che ciò gli consenta (1).

L' applicazion di questo principio va incontro a difficoltà in alcuni casi, nei quali si può dubitare se la cosa onerata d' ipoteca non abbia carattere demaniale, e perciò sia inalienabile, oppure se la demanialità che in qualche modo vi si rifletta, senza peraltro costituirne l'entità, non basti a porla fuori di commercio. Dubbio che dev'essere risoluto, osservando, che dov'è *vera* demanialità è inalienabilità, e che questa, per ragion di causa, è contenuta entro i termini che a quella si riferiscono: e perciò s'intende, che quando la *concessione* al privato su cosa demaniale, tolga la parte dell'utilità *conceduta* al pubblico uso per attribuirla esclusivamente al patrimonio del concessionario, cessi la demanialità, e quindi l'inalienabilità, purchè la legge B l'entità della concessione speciale non la mantenga (2); s'intende pure, come gli edifizî destinati al pubblico culto, non dichiarati demaniali dalla legge civile che non conservò l'istituto delle *res sacrae*, ma che fa parte di un demanio che può essere chiamato « *ecclesiastico* » in opposizione al « *civile* », siano, finchè dura la destinazion loro, inalienabili e quindi non ipote-

---

XXX, 195; Pont, op. cit., I, 355; Guillouard, op. cit., II, 648; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 910.

(1) La *cosa* esiste nel patrimonio del concedente, e soltanto s'oppone alla valida costituzione dell' onere ipotecario la condizion sua d'inalienabile; quindi ben si può concepire la concessione dell'ipoteca pel caso che quest'inidoneità cessi. Ma l'iscrizione (considerata come « *forma* » indipendente, come « *momento* » a sè) avrà valore soltanto dal giorno in cui tal fatto è seguìto; e di ciò a suo luogo.

(2) A differenza della concession dell' esercizio di certe aziende, che rimangono all'amministrazione concedente, la quale si surroga soltanto chi a suo rischio ne curi la gestione. Sulle *concessioni*, v. Ranelletti, in *Riv. it. di sc. giur.* 1897, f. 1-5.

Digitized by Google

cabili (1); e s'intende ancora, che quando la demanialità non investe tutta la cosa ma soltanto l'uso di essa, l'estensione del vincolo dichiara fin dove sia ristretto il potere di disposizione del proprietario. Così, quando una *strada* sia privata, e pur soggetta a servitù di uso pubblico, si può ipotecarla senza offesa di tal destinazione; parimenti, della ripa soggetta alla servitù della via alzaia, si può ipotecare il terreno, senza pregiudizio dell'onere constituito per pubblica utilità: in tutti i casi, la demanialità ristretta ad una o più funzioni della cosa, induce con l'inalienabilità l'inidoneità all'ipoteca soltanto rispetto alle funzioni dedotte nella destinazione a pubblico uso.

Talvolta avviene, che per motivi di pubblico interesse la legge assoggetti certi beni spettanti ai privati alla sorveglianza dell'autorità: così specialmente s'avverte in materia di acque private, dove se non gli acquedotti, certo i rivi sono sottoposti alla polizia amministrativa (2): ma chiaro è, che questa soggezione (statuita per motivi d'interesse generale, non parendo sufficiente a garantirlo la sorveglianza del privato su cosa che, pur appartenendogli, può indurre per la natura sua pericolo alla sicurezza dei diritti altrui) non equivale a *destinazione* a pubblico uso. Per il che, non ledendosi con la vigilanza amministrativa l'entità del diritto spettante al particolare, questo non patisce diminuzione alcuna nella libertà che ha di disporre.

49. Dai concetti generali ora esposti intorno la commerciabilità della cosa, ben s'inferisce che le strade ferrate appartenenti a privati sono oggetto idoneo d'ipoteca, perchè il fatto dell'essere poste a servizio del pubblico, e quindi la soggezione alla vigilanza dell'autorità, non equivale a destinazione a pubblico uso. Di molte cose (p. es. teatri, bagni, mezzi marittimi di trasporto) s'osserva, che pur essendo di proprietà privata, hanno tal natura, che sol può aversene il vantaggio economico di cui sono suscettibili, con l'offrirne al pubblico il godimento: il cui compenso è talvolta fissato dalla pubblica autorità, stipulante a vantaggio dell'*universitas* in occasione di qualche concessione ch'essa faccia al particolare (3).

---

(1) V. Chironi, *Quest. di dir. civ.* cit., p. 8 e segg.

(2) L. sui lav. pubbl. 20 marzo 1865, a. 102. V. Dionisotti, *Servitù delle acque* (Torino 1873) n. 84.

(3) S'intende che lo Stato e così anche le Provincie ed i Comuni possono dar ipoteca sui beni *patrimoniali*, osservate all'uopo le garanzie che a lor tutela la

Digitized by Google

Ma come per essere soggetta alla sorveglianza amministrativa non s'altera la natura della proprietà spettante al privato, questa stipulazion del prezzo quasi a corrispettivo del godimento offerto al pubblico, la lascia pure intatta: onde l'idoneità della cosa a sopportare validamente la creazion dell'ipoteca.

A) Lo Stato non può consentire ipoteca sulle strade ferrate che gli appartengono, perchè la *destinazione* all' uso pubblico le segna col carattere di *demaniali*, ed il corrispettivo che l'amministrazione esige da chi voglia valersene, non costituisce sorgente di lucro, bensì la provvisione finanziaria che occorre a mantenere il servizio in modo sempre più rispondente al suo fine: certo, dei proventi che s'ottengono da questa parte della pubblica azienda, non si può dire che tutti si spendano per mantenerla e migliorarla, ma non perciò si deve ritenere che lo Stato la eserciti a fin di lucro, e che i beni ond'è composta abbiano così più apparenza di patrimoniali che di demaniali. È lo scopo, la destinazion diretta ed immediata della cosa, che determina a quale di queste due classi di beni essa appartenga: ora, le strade ferrate son principalmente, direttamente destinate al servizio del pubblico, e chiunque voglia può averne l'utile che dànno; i regolamenti che ne governano l'esercizio e ne disciplinano l'amministrazione, nulla mutano di tal fine, ch'è la ragion della loro entità giuridica, e che permane inalterata ancorchè i proventi non soltanto siano volti ad incremento del servizio cui son destinate, ma costituiscano, per motivi d'interesse pubblico, un cespite dell'entrata generale dello Stato (1).

---

legge ha stabilito. V. da ultimo App. Agen 18 luglio 1892 (*J. de Sir.* 1894, 2, 1) e cfr. la nota di MICHAUD, che afferma esser privo questo diritto d'ipoteca del potere di seguir le cose presso i terzi: dottrina ripugnante all' entità che la legge attribuisce ai beni patrimoniali in confronto dei demaniali. Questi son colpiti d'*inidoneità*, mentre per quelli esiste soltanto l' *incapacità* relativa a disporne. Cfr. poi SEIGNORENT, in *Revue générale de l'administr.* (1893, p. 257 e segg.), che asserisce anche pei beni patrimoniali l'inidoneità a ricevere ipoteca; e non s'avverte che il « *fine* » dell'amministrazione ed i *mezzi* per conseguirlo, si debbono considerare senza contraddire all'entità che ai « *beni* » ha dato la legge nel distinguerli in demaniali e patrimoniali. Sul diritto che la « *persona* » rappresentante la comunità abbia d' intervenire stipulando per tal sua natura a vantaggio dei singoli, e imponendo questi benefici come legge della concessione, v. in seg.

(1) L' applicazione è conseguenza logica del principio generale esposto; sul diritto del concessionario, v. in seguito.

Digitized by Google

50. Il quale può concedere a privati l'esercizio di quest'azienda, e per le cose dette, il corrispettivo, in parte fisso, in parte proporzionale, che ne ritrae, non cangia il carattere giuridico dei beni: la destinazion loro è immutata, e quindi i patti riferentisi al pubblico uso della cosa hanno quasi entità di legge: e come legge vengono difatti considerati (1), sebbene con maggior correttezza si possan chiamare *patti* stipulati a favor del pubblico, dall'autorità che per via della natura dei beni il cui esercizio è conceduto, e dello scopo di sua esistenza ch'è il pubbblico interesse, ha potere legittimo di convenirli. Ora, il privato cui la concessione è fatta, ha il diritto d'ipotecarla? Il diritto nascente dalla concession d'esercizio delle strade ferrate, è cioè oggetto idoneo d'ipoteca?

Ch'esso abbia natura di diritto immobiliare, perchè anche il materiale mobile è immobilizzato per destinazione, nessun dubbio: ma non è parimenti certo ch'esso abbia pure il carattere di reale: anzi, par certo il contrario. Delle due figure di rapporto cui si potrebbe pensare per attribuire entità reale alla concessione descritta, l'*usufrutto* cioè e la *superficie*, quest'ultima si mostra inaccoglibile, sol che si rifletta che nessun diritto sul *suolo* è attribuito al concessionario: e sebben sia vero che questo in certe contingenze può aver diritto di ottenere la costruzion di nuove linee per poi esercitarle, i due atti giuridici sono interamente distinti, e la costruzione vien qui eseguita in virtù di negozio speciale a nome e per conto del concedente. Più difficile par l'escludere la figura dell'usufrutto, perchè il concessionario *gode* della cosa per via diretta ed immediata, com'è carattere generale dei rapporti reali: ma convien osservare, che la costituzion dell'usufrutto indurrebbe necessariamente l'alienazione della cosa, e nella specie ciò non è, perchè la concessione non ha per fine di *mutare* la *destinazione* della *cosa*,

(1) V. Cass. Roma, 15 marzo 1897 (*G. it.*, 1897, I, 247); App. Bologna 29 luglio 1898; (*ib.*, 1898, I, 2, 597). Legge son detti, perchè la concessione, e le stipulazioni speciali che la compongono, senza distinzion della materia e dei rapporti regolati, ebbero l'approvazione del potere legislativo; ma non s'arriva a diverso risultato quando si ritenga che l'atto legislativo si riferisca soltanto alla « *concessione dell'esercizio* » perchè i patti concernenti la condizione del personale ed i diritti suoi nel passaggio dall'esercizio di Stato al privato, concernono un pubblico servizio, ed il contratto assuma meglio che figura di « *contratto di diritto pubblico* » racchiudente termini che si contraddicono, l'altro di contratto dell'amministrazione pubblica nell'interesse del *pubblico*, che quindi vi è direttamente interessato.

Digitized by Google

bensì di curarla meglio pel maggiore vantaggio del pubblico: e la contraddizione cui altrimenti s'andrebbe incontro, non consente di affermare ch'esista inalterata la *destinazion* della cosa (demanialità), e che in pari tempo sia sottoposta all'usufrutto del privato. Così, la figura dell'usufrutto vien pure esclusa: e il ragionamento che ha indotto a tal risultato concede del pari la possibilità di affermare, che la *concessione* non ha carattere di *realità*, contrastando a ciò la contraddizione avvertita; nella concessione entra dunque soltanto l'esercizio della funzione amministrativa (non dell'alta sorveglianza, che non è cedibile) spettante allo Stato come gestore delle strade ferrate demaniali, ed il prezzo corrisposto dal concessionario rappresenta quell'*utile* che dalla gestione diretta sarebbe rimasto (o si presume sarebbe rimasto) a favore della finanza generale. E però, la concessione contiene soltanto un rapporto personale, per cui lo Stato concede ad altri la gestione che teneva direttamente, ed il negozio costituito a tal fine ha piuttosto figura di locazione *non della cosa*, bensì della gestione, col complesso dei pesi e degli utili che le sono inerenti: oppure di *cessione* della gestione, che il concessionario tiene a nome e nell'interesse immediato proprio.

Ora, se il rapporto non ha la caratteristica di reale-immobiliare, chiaro è che il diritto derivante dalla concessione non è idoneo a sopportare il vincolo ipotecario (1).

51. La ricerca seguìta, suggerirebbe d'indagar qui la natura della concessione fatta ai privati di collocare linee tramviarie sui piani stradali, o di porre attraverso il sottosuolo stradale i cavi occorrenti per la conduttura dell'acqua, o del gas o di energia elettrica, o di tendere attraverso il soprasuolo i fili occorrenti per le comunicazioni telefoniche, o per la trasmissione di elettricità: ma siccome nella specie s'ha, diversamente da ciò che avviene nella concession dell'esercizio delle ferrovie, una *concessione* vera, propria, così l'argomento sarà discusso nello studio sull'idoneità della superficie,

(1) Così LAURENT, op. cit. II, 85; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, 943; DUFOUR, in *Revue crit.* 1876, p. 81 e seg. Cfr. in BATBIE, *Tr. théor., et prat. de droit publ.* (Paris, 1868-70), V. 403; DUMAY, *Concessions de chem. de fer*, Par. 1875, p. 187 e segg.). Cons. e cfr. GABBA, in *Giur. ital.*, 1897, I, 1, 689 *n.*, riferendosi alla L. 21 luglio 1879, risolve la question dell'ipotecabilità del diritto del concessionario come usufrutto limitato.

Digitized by Google

del sottosuolo, e del soprasuolo a sopportare l'onere reale d'ipoteca.

52. Le considerazioni fatte, dànno modo di fissare la regola generale, che gli *immobili per natura*, secondo la designazion che la legge ne fa (1), sono i principali fra gli oggetti sui quali si può validamente concedere ipoteca: e tale idoneità ha precipuamente il *suolo*, e ciò che v'inerisce e finchè v'inerisce, e perchè la proprietà del suolo comprende anche il sottosuolo ed il soprasuolo, almeno in quell'estensione ch'è necessaria alla destinazione economica del *suolo*, chiaro è, che l'ipoteca del suolo comprende quelle parti del sottosuolo e della colonna d'aria gravitante sulla superficie, che integrano necessariamente la proprietà del suolo stesso.

Ma sarà giuridicamente possibile di concedere l'ipoteca su di una delle tre parti costituenti nell'insieme la proprietà del suolo, e cioè sul semplice sottosuolo, o sul suolo, oppure sul soprasuolo, inteso soltanto rispetto alla colonna d'aria, non alla superficie? Quando s'argomenti dalla teoria mista or accolta, rispetto alla proprietà del sottosuolo e del soprasuolo, non parrà scorretta la decisione affermativa; la quale è più facilmente giustificabile per quel che concerne il sottosuolo, che, a seconda dei prodotti contenutivi, può essere fonte di maggior utilità economica che il suolo non sia: in ispecie ciò avviene nel caso che il sottosuolo contenga copia di minerali, o di acque. Se poi la proprietà del sottosuolo fosse già separata da quella del suolo per effetto di avvenuta concessione, la question fatta non presenta più difficoltà veruna, perchè la proprietà del sottosuolo consente al titolare il diritto di disporne, anche per via di creazion d'ipoteca (2): e, come occorrerà di avvertire in seguito studiando l'ipotecabilità della nuda proprietà, il fatto che al momento in cui è conceduta l'ipoteca, le due proprietà non esistono separate, non fa che l'ipoteca sul semplice sottosuolo (o sul semplice suolo) non si possa concedere. È sufficiente a ciò la *separabilità* giuridica dei due oggetti, nè importa che non vi sia ancora la sepa-

(1) C. civ. a. 408 e segg.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 223; Guillouard, op. cit., II, 653; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 915. Giustamente si estende l'ipotecabilità oltre che al caso speciale della proprietà mineraria, anche ad altre forme di separazione del sottosuolo da Troplong, op. cit. 404 *bis* (e v. App. Parigi 21 genn. 1867, in *J. de Sir*, 1867, 2, 181); ma cfr. Guillouard, op. cit., II, 654.

Digitized by Google

razione effettiva: la quale avverrà in conseguenza dell'alienazione inerente al rapporto d'ipoteca, nel caso che pel mancato soddisfacimento del credito garantito, si renda necessaria l'esecuzion reale.

53. Egual decisione par debba darsi a tutta prima alla domanda sull'ipotecabilità del semplice soprasuolo; senonchè, qui la difficoltà si fa maggiore per due considerazioni: anzitutto, la divisibilità delle due proprietà non presenta l'utilità economica distinta, indipendente, che s'è avvertita nel rapporto tra il suolo e il sottosuolo, e par anzi che la separazione netta non sia possibile per la natura stessa delle cose; e poi, ammessa pure tal separabilità, parrebbe che la proprietà del soprasuolo dia soltanto causa ad una servitù, che essendo reale non sarebbe, secondo s'insegna generalmente (1), cosa ipotecabile. Contro la qual ultima osservazione, dov'è molta parte di vero, si può obbiettare che non par impossibile giuridicamente di concedere ipoteca sul soprasuolo, potendosi esplicare il diritto di disporre, *astrattamente* considerato, alienandolo, oppur concedendo oneri sulla cosa che ne sia oggetto; il titolare cioè, può alienarlo soltanto rispetto ad una funzione ch'esso ha, come può alienarlo totalmente: ma ben si può rispondere, che i concetti astratti debbono convenire all'utilità pratica della vita, e nella specie è inutile asserire l'ipotecabilità del soprasuolo: pochi vorran difatti contentarsi di tal garanzia, che assai difficilmente potrebbe essere alienata per difetto di acquirenti della « *colonna d'aria* ». Nè importa che un proprietario vicino possa aver interesse a tale acquisto, come avverrebbe s'egli dai due lati dell'area il cui soprasuolo è ipotecato, avesse due edifizi, e li volesse porre in comunicazione coprendo con una vôlta l'area intermedia: o se avesse soltanto un'edifizio di fronte ad altro edifizio del vicino cui spetta l'area intermedia, e volesse coprir questa, acquistando poi, anche per via di comunione coatta, il muro opposto; son possibilità queste assai limitate, che non infirmano la risoluzion proposta.

Cosicchè, nella realtà dei fatti giuridici è assai difficile riscontrarvi quest'ipotesi dell'ipoteca del semplice soprasuolo (colonna d'aria) qual parte distinta componente la proprietà del suolo; certo è pure, che dalla possibilità di separare dal suolo il « *sottosuolo* » come oggetto distinto di potere giuridico, non si può dedurne l'altra di separare

(1) Sull'ipotecabilità della servitù, v. il vol. I, p. 484 e segg. V. pure in seg.

Digitized by Google

il suolo dal soprasuolo ristretto alla « colonna d'aria », perchè non vi è in quest' ultima parte l' utilità economica ch' è nell' altra; il soprasuolo così inteso par destinato ad accedere al suolo, mal prestandosi l'entità sua ad essere oggetto di uno *smembramento* del suolo, piuttosto che d'una semplice servitù. Quando poi si dicesse, che considerando l'alienazion del soprasuolo qual *servitù* costituita sul suolo, l'ipotecabilità della « colonna d' aria » si tramuterebbe nella figura dell'ipotecabilità del diritto di costituire una servitù sul suolo, rimarrebbe a ricercare se quest'ultimo fatto (*ipoteca di servitù da costituire*) sia giuridicamente possibile: la qual questione, ben più ampia di quanto qui non appaia, verrà discussa a suo luogo (1).

54. E rispetto ai principî generali, la questione or posta è pressochè identica all'altra che sorge intorno all'ipotecabilità del diritto di sopraelevare (di costituire cioè una *superficie*): ben diversa da quella intorno l'ipotecabilità del diritto di superficie già costituito. Le due difficoltà convergono in un punto comune, ch' è il ricercare se si dia ipoteca di funzioni potenzialmente contenute nel potere di disporre spettante al proprietario, o in altro potere che senza essere la proprietà pur le comprenda: ed esso avrà in seguito il suo compiuto svolgimento (2).

55. Lo studio condotto intorno la possibilità d'ipotecare il sottosuolo ed il soprasuolo, come *parti* della proprietà intera del suolo, dà modo di ricercare se sia pur ipotecabile il diritto di porre nel sottosuolo delle vie le condutture del gaz, o dell' acqua, o dell'energia elettrica: la qual' indagine vuole che si dichiari anzitutto l' entità del diritto che in tal concessione è contenuto. E non par dubbio asserire che tal concessione ha carattere di realità, e che fa rispetto al sottosuolo quel che il diritto di superficie fa rispetto al suolo; perchè, la condotta posta nel sottosuolo non cede al suolo che la circonda, e se non è quindi spettanza dell'ente o del privato cui la strada appartiene, chiaro è, che la concessione modifica gli effetti dell'accessione, nel senso che la cosa mobile immessa nel suolo non cede al suolo stesso, e nonostante sia diventata immobile

(1) V. p. 176 e segg.
(2) V. p. 181 e segg.

Digitized by Google

per natura, rimane proprietà distinta (1). Il qual concetto serve a risolvere la questione dell'ipotecabilità; della superficie si dirà in seguito, in qual modo debba intendersi sia oggetto idoneo d'ipoteca: e, perchè identico n'è il contenuto, anche la concession delle condutture descritte par che sia validamente ipotecabile, come involvente *parte della proprietà del suolo* (2). Altra cosa è poi vedere, se le condutture si possano ipotecare indipendentemente dall'edifizio principale cui si riferiscono necessariamente, per l'esercizio dell'industria in occasion della quale la concessione è fatta (3).

56. La questione può essere del pari sollevata intorno la concessione del diritto di condurre nel soprasuolo delle vie (colonna d'aria gravitante su di esse) i fili serventi pel telefono, ch'è materia regolata da legge speciale, o per trasmissione aerea di energia elettrica, governata pur essa da regolamenti particolari (4). Per quel che concerne l'ipotecabilità di questi apparecchi, non occorre indagare se la concessione induca lo smembramento del soprasuolo dalla proprietà, come s'è detto della *superficie*, e della concession di condutture sotterranee, oppure un semplice diritto di servitù: perchè i *fili* condotti attraverso la colonna d'aria o diventano cose immobili in considerazione dell'edifizio *principale* al quale servono, secondo avvien dai cavi elettrici distributori, e immobili per tal cagione, sono ipotecabili soltanto con l'edifizio stesso: o altrimenti rimangon cose mobili, e non sono ipotecabili.

---

(1) Toglie cioè la natura del suolo, separatamente dal quale, essa nell'entità specifica sua, non può esistere; e d'altra parte, rappresentando uno « *smembramento* » della proprietà, costituendo cioè oggetto d'un rapporto distinto, non cede al dominio del suolo.

(2) La qual considerazione gioverà a dimostrare l'ipotecabilità del diritto di superficie, sebbene la legge non vi accenni nella designazion delle cose idonee a sopportare ipoteca (V. su questo, GABBA, in *G. it.* l. cit.): v. in seguito a pag. 181 e segg.

(3) In qual punto dev'essere deciso secondo il volere delle parti; sebbene non sempre l'edificio debba essere tenuto per cosa principale rispetto alle linee o tubature che ne diramino, pure, anche quando lo sia, gli interessati son liberi di considerare queste linee o tubature come cose separate, esistenti a sè, rappresentando direttamente l'esercizio della concessione seguìta. Purchè, secondo la legge che a questa presiedette, la separabilità, tecnicamente possibile, non lo sia giuridicamente.

(4) Pei telefoni, L. 7 aprile 1892; e Reg. 16 giugno 1892. Per l'elettricità, L. 7 giugno 1894, e Reg. 25 ott. 1895.

Digitized by Google

Ma quanto all'ipotecabilità del *diritto stesso di condurre i fili aerei*, chiaro è, che se vien considerata la concessione, seguìta nei termini voluti delle leggi speciali, come contenente uno smembramento di proprietà, identica pel contenuto a quella descritta rispetto al sottosuolo od al suolo, l'idoneità dell'oggetto a comportar l'ipoteca non parrà dubbio, trattandosi di cosa immobile: posto, s'intende, che la legge consenta tale alienabilità della concessione, che talvolta (secondo è ordinato per le concessioni telefoniche) è limitata da certi vincoli. Se invece si vuol considerare quale costituzion di servitù, giusta la costruzione qui preferita, la risoluzione dipende dal sapere se la servitù, oppure il diritto di costituirla siano oggetto idoneo d'ipoteca: in ogni caso si dovrà poi esaminare la natura della concessione, poichè se fosse *mobiliare*, l'ipotecabilità ne sarebbe impossibile anche per tal motivo. E non rileva, come indubbiamente s'inferisce dagli ordinamenti legislativi, che il concessionario possa costringere i proprietari degli edifizi a lasciarvi immettere gli apparecchi necessari all'esercizio della concessione, ed abbia il diritto di condurre i fili negli spazi sovrastanti al suolo altrui: questi oneri che la legge impone ai proprietari, fan parte del contenuto della concessione, ma non caratterizzano la concessione stessa.

57. Tra le cose immobili per natura loro (e non soltanto reputate immobili), la legge civile annovera i corsi d'acqua: e non pare si debba restringere tal risoluzione ai corsi d'acqua perenni, perchè fondandosi essa sulla considerazion dell'alveo in cui l'acqua è contenuta, la circostanza dell'essere perenne o no, è spoglia di gravità: l'acqua scorrente nel cavo destinato a riceverla è immobile, anche se nel momento in cui vien effettuata la presa, pel modo col quale avviene (estrazione col mezzo di pompe, o di altro ordigno mosso da forza meccanica od animale) abbia carattere di mobile (1). La legge ha cioè considerato l'acqua durante il suo corso: e questa sua disposizione ha persuaso ad asserire (2), che la servitù di presa d'acqua sia tra le cose suscetti-

(1) Pecch., *de Aquaeductu* (Tic. R., 1670). IV, q. IX, n. 14 e segg.); Romagnosi, *Rag. civile delle acque* (in *Opere*, ediz. Milano, 1842, §§ 358 e segg.; Dionisotti, *Della servitù delle acque* (Torino, 1873), § 5; Gianzana, *Le acque nel dir. civ. it.* (Torino, 1891, I, n. 63 e segg.

(2) Romagnosi, op. cit., § 384; cfr. Pecch., op. cit., III, q. IX, l. 1, n. 52.

Digitized by Google

bili d'ipoteca, perchè non è soltanto cosa immobile per l'oggetto cui si riferisce, bensì immobile per natura, e quindi indubbiamente ipotecabile.

La qual risoluzione è giusta, quantunque muova da costruzione non al tutto esatta: par difatti, che ricercando l'ipotecabilità di tal servitù non si debba dimenticare che la servitù è per sè cosa incorporale: ora, cosa rileva che la legge dichiari immobili per natura i corsi d'acqua (1), quando la ragion giuridica dell'esser loro è un diritto di servitù? La questione adunque dell'ipotecabilità non è risoluta da quella disposizion di legge, rimanendo sempre a ricercare se la servitù reale comporti ipoteca: e come si dirà in seguito, non soltanto in materia di servitù di acqua, bensì rispetto alle servitù in genere, occorre distinguere quelle in cui l'*utilità* ch'è il contenuto del rapporto assume nell'estrinsecarsi un'esistenza speciale, concreta, ch'entra così distinta nel dominio dell'avente diritto; e tale determinatezza dell'« utilità » ch'è in esse, fa sì che si possa separarla, attribuendola a contenuto di altro rapporto. Si può intendere con ciò l'ipotecabilità riferita non alla servitù, bensì all'esercizio di essa, come (per altre ragioni, è vero) avvien dell'usufrutto (2): e la costruzione così condotta insufficientemente sulla disposizion di legge ricordata, otterrebbe il suo compimento; a meno che non si voglia costruire soltanto sulla seconda parte del concetto esposto, e dire che, indipendentemente dal titolo per cui si ha, l'acqua appena entrata nel cavo è proprietà della persona cui questa appartiene, e quindi come « *corso d'acqua* », come « *cosa immobile per natura* » può essere ipotecata dal titolare. Ma delle due costruzioni è più completa e preferibile la prima, che determina la natura del diritto spettante al titolare.

58. Che si possa ipotecare la sola nuda proprietà, non par difficile ammettere; il titolare ha per tal suo diritto un potere sulla cosa immobile, e s'egli può disporne entro i termini che gli son fissati dal rapporto reale di cui è soggetto, chiaro è che non gli si può contraddire la facoltà d'ipotecare. E quando, per effetto del non soddisfacimento dell'obbligazion garantita, il creditore procedesse alla vendita a fin di ottenere la mutazione in valore

(1) C. civ. a. 412.
(2) C. civ. a. 492, 1967, v. in seguito.

Digitized by Google

dell'oggetto gravato, l'alienazione potrà soltanto riferirsi al diritto del concedente, che non poteva certo esercitare un potere più ampio di quello che gli apparteneva in realtà: perciò, non la proprietà intera, bensì la nuda proprietà sarà posta in vendita così come venne gravata di sicurtà (1).

A) Ma, consentita l'ipoteca sulla nuda proprietà, si può consolidar poi l'usufrutto nella persona del concedente, e allora la garanzia ipotecaria vi s'estenderà per virtù di legge: e non occorre qui di costruire sul concetto di *accrescimento* operantesi per necessità giuridica, perchè, se consolidazione è riunione, è ritorno del diritto di godimento al proprietario che non può rimanerne perpetuamente privo, nell'ipoteca della nuda proprietà è virtualmente considerata questa integrazione, necessaria, e non soltanto *possibile*. Tant'è, che se non fosse avvenuta prima dell'esecuzione, l'acquirente otterrebbe con la nuda proprietà anche il diritto che a questa inerisce, e cioè dalla riunion dell'usufrutto per via del futuro consolidamento: del qual diritto, si deve ben tener calcolo nella determinazione del prezzo. Difatti, il valor della cosa com'è dedotto nella garanzia è quello relativo alla nuda proprietà, e la legge di procedura tien conto di questa situazione giuridica per definire la somma che il creditore espropriante dovrà offerire, e che costituirà la base della subasta: ma contenendo la nuda proprietà meglio che un'aspettativa legittima, un vero diritto corrispondente alla futura consolidazione, è giusto che per l'interesse del creditore, e più ancora per quello del debitore, questa riunione necessaria sia determinata con un valore corrispondente, che può aver entità maggiore se nel tempo dell'espropriazione l'usufrutto volgesse al suo termine. La qual determinazione più alta, si potrà ottenere mediante la *perizia* che il creditore ha facoltà di chiedere (2).

B) Al momento della creazion dell'ipoteca, può avvenire che la nuda proprietà non sia separata dall'usufrutto: sarà giuridicamente possibile al *proprietario* di restringerne la concessione alla sola *nuda proprietà*, oppure al solo *usufrutto*? Parrebbe che la question si debba risolvere in modo negativo, non vedendosi come, anche nel rispetto economico, possa consistere l'ipoteca su di un diritto che determinatamente non esiste, per essere ancora un

(1) V. a pag. seg. t. e n.
(2) C. di pr. civ. a. 663.

Digitized by Google

rapporto confuso in quello ampio e perfetto della proprietà; la difficoltà parrebbe poi maggiore per l'usufrutto, ch'è servitù personale, e mentre apparirebbe gravato d'ipoteca non si saprebbe a chi spetti o possa spettare come rapporto differenziato. Obbiezioni non valide, che confondono la condizione giuridica del costituente rispetto alla cosa, com'è nel momento della concessione dell'ipoteca, con quella che dovrà seguire all'esercizio del diritto di sicurtà, nel caso che l'obbligazione non sia soddisfatta. Nel negozio d'ipoteca si può dedurre la cosa a fin di eliminare quel valore che al concedente parrà (negozio unilaterale), o sul quale le parti interessate son d'accordo (negozio bilaterale), e questo valore può ben essere commisurato alla sola *nuda proprietà*, od al solo *usufrutto:* nè occorre di far notare come tal concessione possa aver grande utilità economica pel costituente. E la commisurazione or descritta può seguire, avendo il concedente, col poter di disposizione sulla cosa, la facoltà di separare la nuda proprietà dall'usufrutto, e quindi di *alienare* il valore che all'uno od all'altro dei due rapporti corrisponde: vero è, che al momento della concessione la separazion di rapporti non esiste ancora, e parrebbe quindi che contro la possibilità giuridica di creare così l'ipoteca, osti la *non esistenza* dell'oggetto sul quale l'onere dovrebbe consistere: ma è facile osservare, ch'esiste già il *valore* oggetto del rapporto di sicurtà, e ch'esso per tal fine è già *sottratto* dal valor totale della cosa. Non esiste cioè ancora la *forma* del rapporto in relazione al quale è fissato il valore ch'è onerato di garanzia, ma questo è già nella cosa: e come il concedente può onerare del vincolo reale di pegno la proprietà intera che gli spetta, non par difficile ch'egli possa ridurre tal vincolo ad una sola parte del suo diritto, restringendo così, o meglio vincolando il suo potere più ampio di disposizione (1).

Dal che s'inferisce, che il pegno conceduto come or s'è detto, avvince il « potere di disporre », astrattamente considerato, per quella parte che alla separazion della nuda proprietà e dell'usufrutto ha riferimento: il « *diritto* », il « *poter di disporre* » ch'en-

(1) Concetto che in parte è già nella costruzione del Bremer (op. cit., § 1) sul pegno, e del Windscheid nell'ipotecabilità della servitù (op. cit. § cit.); v. il vol. I, l. cit.; Aubry et Rau, op. cit., § 259; Martou, op. cit. II, 735; Thézard, op. cit., n. 39; Guillouard, op. cit. II, 666.

Digitized by Google

trano a costituire indipendentemente i rapporti di nuda proprietà e di usufrutto, son già vincolati, cosicchè, quando pel mancato soddisfacimento dell'obbligazion garantita il creditore pignoratizio dovrà procedere, il diritto astrattamente vincolato assumerà la figura concreta che gli corrisponde, e per l'alienazion del *rapporto* così determinato (nuda proprietà, usufrutto), avverrà la separazione effettiva di esso dal rapporto com'era prima dell'ipoteca. Alienata cioè la nuda proprietà, rimane necessariamente l'usufrutto presso il concedente l'ipoteca, o gli eredi, o chi altri per valida disposizione avesse diritto di ottenerlo.

59. Alla qual teoria parve (1) potersi obbiettare, che anche l'ipoteca giudiziale e la legale potrebbero quindi validamente essere inscritte su di un usufrutto, o nuda proprietà non costituita ancora: e che quando in questo caso si risolvesse la questione negativamente, mancherebbe ogni buona ragione di affermare, come s'è ora fatto, pel caso dell'ipoteca volontaria. Difficoltà non grave: si può anzitutto osservare, che l'utilità economica avvertita rispetto al concedente dell'ipoteca sulla nuda proprietà o sul solo usufrutto non può essere qui tolta in considerazione, perchè l'ipoteca giudiziale e la legale non hanno vita da un atto dell'obbligato, e l'interesse del creditore è di far iscrivere l'ipoteca sul diritto intero, non su di una parte di esso; e siccome quest'argomento non toglierebbe la difficoltà, perchè la sola mancanza d'interesse non può equivalere ad impossibilità giuridica, si deve pur soggiungere, che la separazione della nuda proprietà dall'usufrutto induce necessariamente l'esercizio del potere di disposizione spettante al proprietario. Ora, nel caso d'ipoteca volontaria la creazion di essa è preceduta da un atto legittimo di disposizione, che manca affatto negli altri due casi d'ipoteca legale e giudiziale.

60. Che l'ipoteca creata volontariamente su di un immobile si estenda a quanto in seguito accederà ad esso, non è dubbio, e di tal ordinamento si dette già ragione. Perchè l'accessione avvenuta non toglie nè modifica l'entità giuridica della cosa principale gravata di sicurtà: nè occorre distinguere se per mero fatto naturale

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 920. Cfr. Laurent, op. cit., XXX, n. 211; Troplong, op. cit. II, 400; Pont, op. cit. I, n. 381; Battur, op. cit., IV, 245 e seg.

Digitized by Google

o per causa industriale s'è prodotto l'aumento, o se questo è seguito per la sola volontà del proprietario, inducente l'immobilizzazion per destinazione; in ogni caso si deve considerare che non è mutata la determinazion della cosa sottoposta a pegno, e in conseguenza con l'estensione di essa si estende l'oggetto della garanzia. Purchè la volontà delle parti non abbia limitato l'estension materiale dell'immobile allo stato in cui è al momento della creazion del vincolo, sottraendo così a questo ogni aumento che successivamente possa accrescere la cosa onorata (1).

61. Posta la qual ragion di decidere, anche nel caso che l'accrescimento non derivi da aggiunzione materiale o da immobilizzazion per destinazione, sibbene dal comprendersi necessariamente nell'oggetto più cose singole di quante non fossero quelle che in origine v'eran contenute, si dovrebbe pur dire, che l'onere su questo oggetto originario dev'estendersi alle nuove cose che vi si sono aggiunte, senza ch'esso abbia cangiato perciò la sua entità giuridica. E la difficoltà ha speciale importanza pel caso d'ipoteca conceduta sulla *quota ereditaria*, quando per l'avverarsi dell'*accrescimento* la quota acquisti maggior contenuto che non avesse in origine, e nel

---

(1) C. civ. a. 1966, v. il vol. I, pag. 507 e segg. V. sull'immobilizzazione per destinazione, e sull'estendersi dell'ipoteca ai mobili *considerati come indispensabili pel servizio cui sono destinati*, e che così perdono la natura giuridica propria, Demolombe, op. cit., IX, n. 141; Aubry et Rau, op. cit., § 284; Laurent, op, cit., XXX, 202; Colmet de Santerre, op. cit. IX, 78 e 78*bis*; Martou, op. cit., II, 717; Troplong, op. cit. II, 399; Pont. op. cit. I, 371; Guillouard, op. cit. II, 661; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. II, 917; Cass. fr. 9 dic. 1885 in *J. du P.* 1886, I, 494, 2 ag. 1886 in *ib.* 1886, I, 1019; App. Limoges 29 giugno 1888; *ib.*, 1888, I, 1101. Parrebbe, che cessata *giustamente* (senza frode; v. gli art. cit.) l'immobilizzazione, l'ipoteca s'estingua: Cass. fr. 21 nov. 1894, *J. du P.* 1896, I, 230; App. Douai, 16 dic. 1886, in *ib.*, 1888, 1687; al che s'è opposto, convenir meglio all'entità del diritto d'ipoteca che il titolare non debba più venir privato dell'aumento seguito. Si è perciò affermato, che la vendita di mobili già immobilizzati per destinazione, non basti rimpetto al creditore ipotecario, a ch'essi perdano tal carattere, finchè almeno rimangono nel fondo cui erano destinati; Guillouard, op. cit. II, 664; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. II, n. 917; App. Parigi 22 mag. 1868 in *J. du Pal.* 1868, 988. Ma è facile rispondere, che se l'immobilizzazion per destinazione è la ragione dell'estendersi dell'ipoteca, quando quel fatto giuridico abbia legittimamente fine, di necessità anche l'ipoteca s'estingue per la mutata natura dell'oggetto, divenuto inidoneo a sopportare l'onere. App. Rouen 25 luglio 1873, in *J. du P.* 1875, 1242.

Digitized by Google

tempo che il gravame venne creato; il creditore potrà far iscrivere l'ipoteca anche sui beni di cui s'è accresciuta la quota del concedente, quasi che, consentito l'onere sulla *quota parte* dei beni, s'intenda che questa comprenda tutti quelli ch'entrano a comporla come tale, senza distinguere se per officio di legge abbia avuto aumento nelle cose singole che la compongono, pur conservando inalterata la sua entità giuridica?

La questione è stata già tolta in esame (1), e si osservò, che argomentando troppo rigidamente dai principî governanti il diritto di accrescere, e quindi dal fatto che la sola legge induce nella quota un'*estension* maggiore di quella che non avesse, si potrebbe far offesa alla volontà delle parti com'esiste nel negozio creativo dell'ipoteca: parrebbe, è vero, che non *mutato l'oggetto* per l'avvenuto accrescimento, l'ipoteca conceduta sulla quota ben comprenda pur la cosa nuova: ma d'altra parte, se la *volontà* ha inteso di concedere la garanzia valutandola in rispetto dei beni che nel momento della dichiarazione entravano a formare la *quota*, parrebbe, che, estendendo l'onere anche ad altri beni di cui questa s'è accresciuta in seguito, si vada oltre l'intenzione creatrice della sicurtà. Il puro ragionamento giuridico prevarrebbe altrimenti alla volontà reale: nè importa obiettare che a tal dubbio non s'è dato peso nel dire dell'estension della *cosa* dedotta nell'ipoteca (*accessione*): altro è l'*estendersi materiale* dell'oggetto, altro l'estendersi della *quota*, ch'è configurazione *ideale* in cui ogni unità singola ha entità indipendente.

Tuttavia, se ben s'osserva, le due risoluzioni estreme, e così opposte, hanno la propria ragion di essere in uno stesso concetto: che cioè la *misura* dell'onere è data dalla volontà intesa a crearlo. Si domanda infatti, se questa volontà sia diretta alla *quota* considerata per sè, oppure ai *beni* che effettivamente nel tempo della creazion dell'onere concorrevano a formarla: e posta la difficoltà nei suoi termini veri, è chiaro che vi ha esagerazione così nella prima teoria che afferma in modo assoluto la prevalenza del concetto legale del diritto di accrescere, come nella seconda che fissa la volontà nel senso di riferirsi esclusivamente ai beni componenti la quota nel momento della creazione dell'ipoteca. Il principio si riduce dunque al conoscere qual sia la volontà effettuale

(1) V. il vol. I, l. cit., Cons. la mon. di JHERING, sul *lucrum rei*, *Gesamm. Aufsätze* (Jena, 1881-86), III, 1.

Digitized by Google

diretta alla concession della sicurtà, perchè niente vieta alle parti di ristringere l'ipoteca alla cosa com'è nel momento della creazion del rapporto, escludendone ogni aggiunta che più tardi avvenisse per qualunque causa; quindi, se la concession dell'ipoteca si riferisse alla *quota*, ai *beni compresi nella quota*, nel dubbio si dovrà ritenere che s'è inteso alla quota qual determinazione ideale, e però anche ai beni che pel diritto di accrescere possano entrare in seguito ad aumentarla; se invece fossero particolarmente indicati i *beni* sui quali l'ipoteca è consentita in misura corrispondente alla quota, par che la volontà siasi specialmente fissata su di essi, considerandone il valore in relazione all'obbligo che s'intendeva di garantire.

Con questi rilievi riman compiuta la teoria proposta sull'estensione dell'ipoteca ai beni nuovamente acquisiti pel diritto di accrescimento.

62. Rispetto agli aumenti onde la *cosa* s'è accresciuta, senza che perciò sia mutata da ciò ch'era quando venne dedotta nel rapporto di sicurtà, siano essi avvenuti *naturalmente* (o anche per sola via di legge, come s'è detto pel diritto di accrescere) o *artificialmente*, certo è che il diritto di garanzia reale constituito sulla cosa, la segue in queste estensioni successive che l'ingrandiscono in modo da inerirvi (1). Ma il diritto del creditore ipotecario sulla *parte* di cui la *cosa* si è accresciuta, adagiato com'è sul diritto di proprietà, esisterà in quei termini che son proprî all'esistenza di quest'ultimo: quindi, se il proprietario dei materiali adoperati dal proprietario del terreno riavesse la ragion di riprenderli quando l'edificio venisse a rovina, chiaro è, che, come il proprietario del suolo non potrebbe a ciò opporsi, neppur lo potrebbe il creditore ipotecario. Che se a carico del proprietario del suolo fosse nata l'obbligazion di rimborsare il valore di materiali non suoi, così che il debito inerisca alla *cosa*, a quel modo che ogni proprietario successivo è tenuto a soddisfarlo, anche il creditore ipotecario avrà diritto al valore garantito con deduzione del valore dovuto per l'aumento; parimenti, nel caso di quell'accessione non propria ch'è invece legittima occupazione di suolo altrui, avvenuta in buona fede nella costruzion di un edificio, il valore dovuto dal proprietario occupante è a carico della

(1) C. civ. a. 1966.

Digitized by Google

cosa, e perciò il creditore ipotecario non si potrà opporre a ch'esso sia dedotto dal valore intero ottenuto con la liquidazione.

Questo « *inerire alla cosa accresciuta* » dell'obbligazion di pagare il valore della *parte* per cui l'aumento s' avverò, è affermazione che par meglio rispondente alla legge; la quale, disponendo intorno al caso di edificazione fatta da un terzo con materiali altrui, dà diritto al proprietario di questi ultimi di rivolgersi al proprietario del suolo per conseguire l'indennità, quando all'edificatore non lo si fosse di già pagato (1); il che dimostra come nell'ordinamento legislativo, all'aumento di valore che s'è ottenuto senza che la persona a cui danno esso avvenne intendesse di far atto di liberalità, oppure senza o contro il voler suo, corrisponda l'inerenza alla cosa che n'è rimasta arricchita, dell'obbligazion di renderlo. E approfondendo ancor più il concetto, par si debba dire che il proprietario della *cosa* ch'è poi diventata *parte* della cosa principale, non può riaverla per via dell'*accessione:* ma questa non opera nel senso che la *proprietà* sia al tutto estinta, e vietando soltanto al proprietario di rivendicare la *cosa* nella sua forma originaria, vi sostituisce il *valore*. Che se poi non si volesse dire di « *rivendicazione* » nella forma di azion rivolta al valore, si avrà con sicurezza la figura dell'azione *de in rem verso* fondata sul divieto dell'illecito arricchimento; azione *reale*, perchè esperibile contro qualunque titolare della cosa che si avvantaggi ingiustamente di quel valore ond'essa aumentò effettivamente di pregio (2).

63. Nè in tal argomento si deve distinguere, secondo che l'edificazione od altro aumento sia avvenuto con diritto o senza,

---

(1) C. civ., a. 451.

(2) Delle due costruzioni proposte a fin di giustificare il diritto che si consentirebbe contro un « *terzo* », la prima argomenta dalla realità del rapporto tra chi ha aumentato il valor della cosa, e la cosa stessa, in quanto al maggior valore che in essa è per via di tale aumento: cosicchè l'*accessione* sposterebbe la relazion della proprietà, nel senso che fa uscir sì la cosa accessoria dal potere del titolare, ma vi sostituisce il *valore*. E però, il rapporto che rimane conterrebbe un onere reale, e quindi la possibilità di agire contro chiunque, per la *separazione* dal valor della cosa di quella parte di valore che vi si riferisce; ma forse la costruzione così pensata non risponde alla ragion della legge com'è chiarita dalla sua storia. Alla quale par che meglio consenta l'altra condotta sul diritto dell'illecito arricchimento, la cui ingiustizia, nell'ipotesi descritta, è rilevata dal considerare che il valor della cosa s'è aumentato da quel ch'era quando la garanzia reale è stata costituita, pel fatto di chi migliorandola, non intese far atto di liberalità, e che perciò ha dalla legge il diritto al rimborso.

Digitized by Google

quando sia occorso dopo la « costituzione » dell'ipoteca; perchè il diritto posteriormente consentito sul fondo obbligato a sicurtà, non può menomare in nessuna sua parte l'entità della garanzia validamente constituita, a meno che nella concession dell'ipoteca volontaria non fosse fatta espressa riserva di ogni posteriore aumento della cosa, o del diritto di disporre della superficie o dell'usufrutto o di altra facoltà contenuta nel potere ampio di disposizione. Ma se l'edificazione o piantagione fossero avvenute col consenso del proprietario del suolo, è mestieri osservare anzitutto se questo consenso dia nascita a rapporto *reale* (*superficie*), o ad un semplice rapporto di obbligazione.

Nel primo dei due casi, l'ordinamento dato dalla legge all'acquisto di diritti reali immobiliari per rispetto ai terzi, impone di decidere che sol quando l'acquirente della superfice abbia reso pubblico l'atto di acquisto, potrà opporlo all'ipoteca *validamente constituita* in seguito: come occorrerà di avvertire indagando il rapporto fra la *trascrizione* e l'*iscrizione*, non si potrà obbiettare al creditore ipotecario che la mancanza della trascrizione non vieta ch'egli debba rispettare l'*atto* anteriore consentito dal suo *autore*, e modificante la condizione giuridica della cosa. Perchè delle ragioni su questa, se anteriormente acquistate, nulla è tenuto a conoscere chi poi acquisti su di essa altro potere che vi contraddica, quando quel primo atto non sia reso efficace verso i terzi: nè il creditore ipotecario, od altro successore a titolo particolare hanno il dovere di *riconoscere* e rispettare l'obbligazion costituita dal loro autore, non essendo essi, in virtù del rapporto di cui son titolari, *rappresentanti* suoi. Nè altra è la ragion di decidere nel secondo dei casi or descritti; come la costituzione del diritto reale non esiste pel terzo creditore ipotecario se l'acquirente non provvide a *conservarla* valevolmente, così la concessione di un diritto personale può ben essergli opposto se venne esercitato dal concessionario secondo la legge del contratto (1), perchè l'ipoteca non toglie al concedente il godimento della cosa, e quindi il poter giuridico di agire per averne cura. Qui difatti è necessario avvertire, che in confronto di un terzo *acquirente della cosa*, la concession fatta come rap-

(1) La qual decisione sarà discussa anche rispetto ai creditori puramente chirografari, che si sogliono per lo più considerare come semplici aventi causa: del che più innanzi.

Digitized by Google

porto personale di edificare o di piantare, vien meno, di regola, col potere del concedente, a meno che non inerisca ad un contratto di locazione, che, per virtù dell'ordinamento speciale ch'è nella legge (1), sia opponibile al compratore: cosicchè, se la locazione, e perciò la concessione, non fossero opponibili, il concessionario sarà senz'altro obbligato a togliere la sopraelevazione, e se invece lo fossero potrà mantenerla fino al termine della locazione, o effettuarla entro questo periodo. E da queste considerazioni s'inferisce, che quando la sopraelevazione fosse compiuta per concession puramente personale, seguita a titolo precario o insieme alla locazione del fondo, il consenso del concedente *vieta* ch'essa si acquisti al suolo; il concessionario non ha elevato alcunchè di *stabile* nel senso giuridico della parola, e il suo fatto non ha prodotto l'immobilizzazione dei materiali, che conservano la loro qualità, nonostante lo speciale modo di essere (*aggregazione*) che li tien uniti tra essi, ed al suolo (2). Lo stato attuale di aggregazione è puramente transitorio, destinato com'è ad essere *disfatto*

A) Per il che, come il proprietario del suolo non acquista la sopraelevazione, così nessuna immobilizzazione s'è potuta compiere a vantaggio del creditore ipotecario: ma, s'è vero che la volontà del proprietario del suolo può impedire l'immobilizzazione, perchè questa avvenga non è poi necessario il concorso di tal *volontà:* nè importa che la legge gli dia in qualche caso (3) il *diritto* di domandare che l'edificante tolga la costruzione, restituendo il suolo nel pristino stato, dipendendo questa facoltà non dall' *entità stessa dell' immobilizzazione*, quasichè senza la volontà del *dominus soli* l'accessione non avvenga, bensì dalla condizion dello *stato d' animo* dell'edificante, dalla sua *mala fede.*

---

(1) C. civ. a. 1597.

(2) Si decide altrimenti, considerando che l'acquisto per accessione è soltanto una presunzion della legge (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 930, 1298, App. Parigi, 8 febb. 1892, in *J. de Sir.* 1892, 2. 409, e cfr. la n. di Planiol), e che la costruzione è per sè *immobile* per natura, suscettibile perciò d'ipoteca. Ma ciò nulla importa, perchè se il costruttore non ha diritto sul terreno, evidentemente non ha diritto sull'*immobile* come tale; e se il proprietario del suolo rinunci pur egli all'accessione, chiaro è, che al costruttore non rimarrà se non l'obbligo che la legge gli impone, *e non un diritto sull'immobile.*

(3) Cons. nei motivi Cass. fr. 17 giugno 1897, in *J. de Sir.* 1898, 1, 169, e la n., dove ben si differenzia il potere di amministrazione, che la concession dell'ipoteca lascia integro nel concedente.

Digitized by Google

Quindi, avvenuta l'immobilizzazione il creditore ipotecario ne ha vantaggio, nè la posteriore rinuncia del *dominus soli* gli può togliere il diritto acquistato. Ma nel caso in cui il proprietario ha dalla legge facoltà di scegliere tra l'acquisto per immobilizzazione e il costringere l'edificante a ritirare i materiali, non potrà far la scelta senza che il creditore ipotecario vi acconsenta: l'acquisto è difatti avvenuto rispetto alla cosa, e questa, in conseguenza dell'ipoteca, non è più nella libera, intera disposizione del proprietario.

64. Il creditore ipotecario, avendo il diritto suo ristretto al valor della cosa, non può estenderlo ai prodotti organici ch'essa dà secondo la natura e la destinazion sua, e la cui formazione non reca perciò deterioramento alcuno (1). A decider così, non s'è dunque condotti dalla ricerca intorno l'entità di questi *prodotti di nuova formazione*, e dall'indagare se il *frutto*, abbenchè separato, sia sempre come un frammento della cosa ond'ebbe origine, oppure sia *res nova:* e pur tenendo quest' ultima opinione, parrebbe del resto doversi concedere al creditore pignoratizio l'estensione del poter suo ai frutti, perchè se sulla nuova produzione si svolge e domina il rapporto cui è soggetta la cosa principale (2), a quel modo che questo potere del titolare sulla cosa è gravato dal rapporto di garanzia, così dovrebb'esserne pur gravato estendendo l' onere ai frutti (3). La decisione è invece dedotta dalla ragion dell' ipoteca, che investendo la cosa non per sè, bensì pel suo valore, non s'estende per la sola virtù sua a quelle « utilità » che la cosa produce periodicamente secondo le è naturale, e che son destinate ad esserne *separate*; e nei casi in cui avviene altrimenti, così nell'ipoteca come nel pegno, la ragion della variazione non s' avverte in alcuna particolarità che la natura del diritto di sicurtà abbia, bensì nel *modo di essere* del rapporto.

A) Perchè questo *modo di essere*, se lascia immutata l'entità del rapporto, vi aggiunge di necessità alcuni effetti che la natura della sicurtà non richiederebbe necessariamente, e che son dunque prodotti dal *come* essa si esplica in rispetto alla cosa; il qual modo consiste nel *possesso* (detenzione) che il creditore ha della cosa

(1) V. il vol. I, p. 517, t. e n.; e pag. 582-584.
(2) V. la n. precedente: e gli Aut. cit. nella n. 1 a p. 517 del vol. I cit.
(3) V. il vol. I, l. cit.

Digitized by Google

onerata, o perchè ciò sia richiesto dall'applicazion del concetto di *sicurtà reale* a certe cose (*mobili*), o perchè la legge lo attribuisce per effetto della liquidazione iniziata (*trascrizione del precetto immobiliare*), oppure il patto lo conferisce (*anticresi*). La *detenzione* della cosa onerata determina dunque quell'estensione ai frutti che il diritto di sicurtà per sè non avrebbe, e ciò per due motivi: il primo, che quando l'aver la cosa presso di sè è necessità dell'esistenza del rapporto (*pegno proprio*), il potere del titolare si esplica più fortemente, paralizzando col *ius retentionis* l'esercizio dal diritto di proprietà, ed estendendosi a quei prodotti che diventano *res nova* durante il possesso del creditore; il secondo, che per via della detenzione il creditore amministra la cosa, e le due funzioni (detenzione e amministrazione) son da lui esercitate secondo la finalità del suo rapporto, ch'è la maggior garanzia del suo credito: cosicchè al soddisfacimento di questo, servon pure i *prodotti* della cosa.

B) L'analisi or condotta intorno al *pegno proprio*, a fin di chiarire perchè avvenga in esso l'estensione della sicurtà ai *frutti* della cosa pignorata, e l'avervi riavvicinato l'effetto della *trascrizione del precetto immobiliare* per cui s'immobilizzano i frutti, mostra che identica è la ragion del fenomeno: e che in quest'ultimo istituto s'ha l'*azione diretta ed immediata del creditore, che investe la cosa, e gliene dà il possesso a fin di liquidarla,* costituendo così sull'immobile quel rapporto che il pegno pel suo modo di essere determina sulla cosa mobile. E dimostra pure, che se il fenomeno giuridico ha la stessa ragion di essere nei due casi (senza distinguere se la trascrizione del precetto avvenga in virtù d'ipoteca o indipendentemente da tal rapporto, perchè è *modo comune d'iniziare la procedura di liquidazione*), quando la detenzione della cosa, e con essa l'amministrazione e la destinazione dei frutti, derivino al creditore ipotecario (o chirografario) dal *patto* apposito ch'è l'*anticresi*, l'entità del rapporto si restringe nei termini di un diritto d'obbligazione (1).

65. Ma se il gravame dell'ipoteca che preme la cosa, non vieta al concedente di goderne e trarne i frutti ch'essa può dare secondo la destinazion sua, anche se la produzione *organica* derivi da

(1) Sull'entità dell'anticresi, v. il vol. I, pag. 584.

Digitized by Google

nuova coltura non praticata nel fondo quando la sicurtà venne costituita (della qual facoltà del concedente sulla mutazion della coltura si dirà in seguito), altrimenti si deve decidere quando non di *frutto* nel senso proprio, bensì di *prodotto* in genere, di produzione inorganica, fosse questione. Perchè mal si può ricavare dalla cosa un prodotto di tale specie, senza ch'essa ne sia depauperata; ora, se ben si può intendere il diritto del concedente ai *frutti*, la cui produzione non altera, non diminuisce la sostanza della cosa, certo è che l'estenderlo al godimento dei prodotti inorganici, *può* offendere il diritto del creditore ipotecario; il cui rapporto sta sulla cosa secondo la *destinazion fruttifera* sua al tempo in cui la sicurtà è stata conceduta. Quindi, se nel fondo ipotecato si volesse aprire una miniera, od una cava (il cui esercizio non fosse ristretto ai soli bisogni del fondo), il creditore ipotecario potrà lagnarsi dell'ingiusta novità che deteriora l'oggetto della sua garanzia (1); mentre non avrebbe diritto a far ciò, quando al tempo della concession della sicurtà la miniera o la cava (qualunque ne sia l'importanza) fossero di già aperte (2): ne rileva se l'esercizio della *cava* fosse allora sospeso, dove nell'atto di concessione dell'ipoteca non ne apparisse in alcun modo limitata la ripresa.

A) S'intende, che se l'esercizio della miniera fosse sospeso al tempo della costituzion dell'ipoteca sul *soprasuolo*, il creditore ipotecario non potrebbe aver da ciò diritti più ampî che il suo titolo ed il rapporto con esso costituito, gli consentano: la concessione della miniera separa le due proprietà del sottosuolo e del soprasuolo, e però l'ipoteca consentita su questo non può indurre nel titolare della superficie sovrastante, il potere di opporsi a che ne sia

---

(1) Non nel senso ch'egli possa opporsi all'esplorazione o concessione della miniera, non essendo questi, provvedimenti che dipendano dal consenso del proprietario, o di chi altri abbia diritto sulla cosa; ma concorrendo sull'indennità, ch'è il *valore* surrogato alla cosa gravata di garanzia. Non sul concetto di surrogazione (C. civ., a. 1951), bensì dando all'indennità il carattere di cosa accessoria al dominio del soprasuolo, costruiscono Aubry et Rau, op. cit., § 259; Pont, op. cit., I, 370; Thézard, op. cit., n. 39; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. II, 915; che ne traggono pur la conseguenza del potersi ipotecare *il diritto alla prestazione annua*, unitamente al soprasuolo, non separatamente. Del quale argomento, ch'entra nella ricerca dell'ipotecabilità del diritto corrispondente all'onere reale, si darà in seguito.

(2) Perchè in tal caso è determinato l'*oggetto* della sicurtà.

Digitized by Google

ripresa la coltivazione da chi vi ha diritto. Certamente, se il non esercizio producesse la decadenza della concessione, cesserebbe la separazion delle due proprietà, e in tal caso, tenuto pur conto dello stato di sospensione o di abbandono dei lavori nel tempo in cui l'ipoteca è consentita, si dovrà ricercare se la volontà del concedente fosse di mantenere l'ipoteca ristretta al soprasuolo, oppur di non impedire che s'estendesse anche al sottosuolo, quando i due dominî si riunissero nel proprietario del suolo (1).

B) I criteri cui è informato l'ordinamento legale sulle miniere (2), non lascia dubbio intorno al decidere che se l'ipoteca sia conceduta durante il periodo di *esplorazione*, si debbano distinguere due ipotesi. Se è stata costituita sul *fondo* (suolo e sottosuolo), o quel periodo si è chiuso senza che sia provveduta la *concessione*, e non essendovi allora distinzione tra le due proprietà (purchè a ciò non osti la volontà contenuta nel titolo) il peso s'estende anche al sottosuolo; o l'esplorazione s'è poi mutata in concessione, e in tal caso (sempre non contraddicendo a ciò la volontà degl'interessati) nell'indennità dovuta al proprietario per la separazion dei due dominî, si dovrà tener conto del diritto reale d'ipoteca che li gravava entrambi. Ma se il titolo dimostrasse la volontà di restringere l'ipoteca soltanto al soprasuolo, nessun diritto potrà pretendere il creditore ipotecario sull'indennità or descritta.

---

(1) La separazione dei due dominî rende infatti possibile che il proprietario del soprasuolo diventato concessionario della miniera aperta nel sottosuolo del suo dominio, consenta ipoteca sulla sola superficie. Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 223; TROPLONG, op. cit., II, 414bis; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. e l. cit.

(2) I frutti civili, secondo avvien dei naturali, rappresentano il « *godimento* » della cosa: e quindi si riferiscono al poter di amministrazione che il titolare del diritto onerato non ha perduto in conseguenza dell'ipoteca: come pei frutti naturali, i creditori ipotecari non hanno diritto sui civili per la sola virtù della sicurtà. Cons. App. Parigi 24 dic. 1894 (*J. de Sir.* 1897, 2, 1) e la nota di WAHL (*ib.*).

Da questo potere, che la costituzione della sicurtà lascia intatto al titolare del diritto, si deduce senza difficoltà che la cessione o liberazione di fitti non scaduti per un termine non eccedente il triennio, e non trascritta, è atto opponibile ai creditori inscritti, anche se avvenuto dopo l'iscrizione, prima dell'immobilizzazion dei frutti con la trascrizione del precetto (App. Bordeaux, 27 marzo 1895 in DALLOZ, *Pir.*, 1895, 2, 385 e la nota di DE LOYNES. App. Dijon, 3 agosto 1896 in *J. de Sir.* 1897, 2, 1, e la nota di WAHL); se fatta invece per un termine maggiore, la trascrizione potrà darle efficacia contro i creditori, e nel conflitto con l'iscrizione anteriormente avvenuta, sarà riducibile al triennio. Ma di ciò in seguito, nello studio sugli effetti dell'ipoteca « *constituita* ».

Digitized by Google

66. Ai prodotti organici della cosa principalmente ipotecata, si debbono agguagliare, secondo è insegnamento costante, i cosidetti frutti *civili:* per conseguenza, quando avvenisse con la trascrizion del precetto immobiliare l'immobilizzazione dei frutti, questo nuovo stato dovrà ben comprenderli. Di essi s'afferma, che si percepiscano giorno per giorno, elevando così a regola generale l'ordinamento speciale ch'è statuito per l'usufruttuario: e la risoluzione par che debba corrispondere all'entità che li distingue, e quindi alla possibilità di assegnare i momenti della « *maturanza* » ai più piccoli periodi di tempo: ma se ben s'osserva, la disposizione concernente il diritto dell'usufruttuario è volta a determinare la *quantità* di frutti civili che gli spettano alla fin dell'usufrutto, non ad introdurre un modo speciale d'acquisto di questi « *proventi* della cosa ». La questione assurge a difficoltà ed importanza grandi, quando si chiegga del momento in dui il frutto civile s'intende immobilizzato a vantaggio dei creditori (1), in seguito alla trascrizion del precetto; perchè, se si argomenta da quel modo speciale or descritto di lor maturanza, il debitore, o chi altri è minacciato di espropriazione, terrà per sè i frutti maturati fino al giorno della trascrizione, sebbene non sia ancor giunta la scadenza pel pagamento; e quando abbia fatto cessione anticipata dei fitti non scaduti, ed un altro creditore li abbia pignorati, si dovrebbe dire, che la cessione ed il pignoramento di fronte alla trascrizion del precetto, valgono per la parte maturata fino al giorno in cui questa ultima formalità è stata eseguita; e così pure, quando l'esattore, valendosi del diritto che la legge gli dà, pignorasse durante la mora del giudizio di esecuzione i frutti civili pendenti, bisognerebbe dire che l'atto tien rimpetto al deliberatario acquirente, soltanto per la parte maturata fino al giorno della vendita seguita. Se invece s'argomenta la nozion della « *pendenza dei frutti* » da quel che avviene pei frutti naturali, si dirà nella prima delle ipotesi or descritte, che i frutti civili in corso al momento della trascrizione, e venienti a scadenza dopo quest'atto, sono immobilizzati a favor dei creditori; nella seconda si dovrà decidere, che la cessione (od il pignoramento) concerne i frutti nello stato di pendenza come oggetto per se stante, e che in tal condizione son

(1) Non dei soli ipotecari, perchè a tutti è comune il modo di procedere alla liquidazion della cosa; e questa procedura s'inizia nell'esecuzione reale immobiliare con la trascrizion del precetto (Cod. civ., a. 2085).

Digitized by Google

compresi nell'atto per tutto il periodo di tempo che vi è calcolato, e la cui fine segue pure l'ultimo termine della maturità (scadenza) dei frutti ceduti (1); e nella terza ipotesi finalmente, dev'essere tenuta la stessa decisione. Or parrebbe quest'ultima l'opinione più giusta, ponendo qual termine di maturanza la scadenza fissata dalle parti, e, quando queste non avessero a ciò provveduto, ricorrendo ai termini che la legge assegna al godimento della cosa in mancanza di patto: eccezion fatta pel caso che il diritto dei creditori s'incontrasse con un diritto speciale sui frutti, reale (*usufrutto*) o personale (*anticresi*), perchè il conflitto si dovrebbe allora risolvere secondo la regola delle scadenze avverantisi « *giorno per giorno* ».

67. Ciò che s'è detto ora sull'estension della sicurtà reale ai *frutti civili* della cosa onerata, è compimento necessario della teoria esposta sui frutti naturali; e come avvien di questi, l'estendervisi che l'ipoteca fa, non segue per *virtù intima* ch'essa abbia, bensì a ragion di un altro istituto, il quale non abbisogna per esistere che gravi sulla cosa il vincolo precedente di sicurtà reale. Quest'efficacia spetta alla « *liquidazione* », mezzo comune concesso ai creditori chirografari (che agiscono valendosi dell'elemento patrimoniale ch'è nell'obbligazione) ed ai creditori ipotecarî, a fin di ottenere il « *valore* » ch'è l'oggetto del loro rapporto; e ciò conferma ancor meglio la costruzione dedotta dall'origine ch'ebbe l'ipoteca per via dell'*esecuzion* reale, prestabilita, e perciò *privilegiata* (nel senso di *prelazione*, non di privilegio vero) onde la caratteristica della garanzia. Di questo incontrarsi del *vincolo reale* coi *mezzi esecutivi* inerenti alla procedura di liquidazione, si dirà in seguito (2).

68. Non soltanto la *proprietà* e la nuda *proprietà* della cosa immobile per natura (o per destinazione, finchè questa esisterà rispetto all'immobile onerato), ma anche i *diritti reali immobiliari* son valido oggetto d'ipoteca, purchè la legge espressamente non vi si opponga; e s'è già osservato, come all'ordinamento designante su quali beni l'ipoteca si possa concedere non possano le parti derogare, perchè ritenerli idonei a ricevere l'onere reale è giudizio che

(1) Cons. Cass. di Roma, 14 apr. *Giur. it.*, 1898, I, 522; e 6 giugno 1898 in *Giur. it.* 1898, I, 658.
(2) C. civ. a. 481.

Digitized by Google

spetta al legislatore, a quel modo che soltanto a lui è riserbato definire e regolare la *capacità giuridica* delle persone. E si deve avvertire, che mentre la legge con dizione ampia accenna agli immobili per natura ed a quanto ad essi s'unisca, determina poi specialmente quelli tra i diritti reali immobiliari che avvisò potessero comportare ipoteca; giudizio che si riserbò, perchè la dichiarazion sua è la sola ragione onde questi diritti hanno natura giuridica di « *cose* »; e la funzion dell'interprete si restringe a ricercare se i diritti reali immobiliari non nominati non siano in verun modo ipotecabili, o se l'ipotecabilità vietata direttamente si possa poi attribuire ad essi per via di altri rapporti.

69. Distinti i diritti reali immobiliari secondo che siano di godimento o soltanto di garanzia, tra questi ha special posto l'usufrutto, come quello che tra le altre servitù per la maggior ampiezza si distingue; e dato il criterio che la cosa è ipotecabile quando sia *alienabile* (1), perchè senza alienabilità non è possibile procedere all'*esecuzione* e quindi alla *determinazione specifica del valore* ch'è l'oggetto del rapporto, s'intende, che dichiarata l'alienabilità dell'usufrutto, non rispetto al diritto ch'è strettamente personale, ma all'esercizio (2), in eguali termini possa pur consistere l'ipotecabilità sua, s'è constituito su cose immobili, od altrimenti per sè ipotecabili. E la legge ciò afferma; e per la possibilità di argomentare tal risoluzione dalla natura dell'usufrutto, non era necessario che espressamente l'ordinasse; ne occorre di avvertire, come, a differenza di quanto avvien per ordinario nelle servitù reali, l'usufrutto sia alienabile nell'esercizio per la maggior ampiezza ch'esso ha (e la intensità qui risponde alla durata assolutamente limitata), e per l'esistenza concreta, esteriore che può assumere l'*utilità* che la cosa presta al titolare (3).

---

(1) C. civ., a. 1967, 1°.

(2) C. civ. a. 492. Vero è, che nonostante la espressa disposizion della legge, si è proposto di spiegare questo limite dell'alienabilità come se il diritto stesso sia alienabile, salva però la caratteristica sua della personalità; argomento inesatto, perchè tal carattere vieta l'alienabilità del diritto come tale, e quindi la concessa possibilità di alienare l'*esercizio*, si riferisce ad un oggetto proprio, distinto, che il *diritto stesso* non è.

(3) C. civ. a. 1967, 2°.

Digitized by Google

70. A quel modo che l'*alienabilità* dell'usufrutto dà la misura della sua *ipotecabilità*, la non *alienabilità* che a certe forme sue deriva o dal *fine* pel quale son costituite, o dall'*entità* specialmente ristretta che le distingue, dichiara pure la *non ipotecabilità*. Così, a ragion della patria potestà cui si connette, l'usufrutto legale conceduto ai genitori (e la legge espressamente lo dispone) non è alienabile, e parimenti non è ipotecabile; attributo di uno stato, di un rapporto ch'è principalissimo nell'organismo giuridico della famiglia, è, come questo, fuori di commercio (1).

A) L'entità particolarmente ristretta dell'usufrutto nelle due figure dell'*uso* e dell'*abitazione*, dichiara pure l'inalienabilità (2), e perciò la non ipotecabilità di queste due servitù personali: vi entra, qual fattore precipuo, il criterio del *bisogno personale* del titolare (e della sua famiglia), ch'è ragione e misura dell'utilità conceduta; e ciò giustifica la non possibilità di separarne l'esercizio dalla persona a cui favore sian costituite.

71. Sull'ipotecabilità dunque dell'usufrutto già costituito, esistente come tale al momento della concession dell'ipoteca, nessun dubbio; il quale sorge invece, e grave, quando il peso sia conceduto sull'usufrutto non ancor costituito, parendo che all'esistenza del rapporto manchi l'*oggetto* cui è necessario si riferisca. Ma, secondo occorse già di avvertire nella ricerca sull'ipotecabilità della nuda proprietà, a quel modo che questa comporta l'ipoteca anche se nel momento non fosse ancor separata dall'usufrutto, egualmente par si debba decidere dell'*usufrutto costituendo:* virtualmente è già separata dal dominio la potestà di costituirlo, e se il rapporto non è ancora differenziato,

---

(1) C. civ. a. 1967, 2°. V. Aubry et Rau, op. cit., § 550 *bis*; Martou, op. cit. II, 736; Pont, op. cit. I, 379; Thézard, op. cit. 39; Guillouard, op. cit. II, 667; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. II, 921. Cf. Laurent, op. cit. XXX, 209 e segg. Si è insegnato che la non alienabilità e quindi la non ipotecabilità di quest'usufrutto si contenga, giusta il suo fine, entro i limiti dei bisogni del figlio: Cass. Palermo 16 dicembre 1897, *Giur. it.* 1898, I, 1, 199; ma questa distinzione fondata su di un criterio estimativo instabile, ripugna alla legge. Cfr. la stessa Cass. di Palermo febbr. 1898, *ib.* I, 1, 875; e App. Genova, 26 luglio 1898, *ib.*, I, 2, 716.

(2) Cons. Laurent, op. cit. XXX, 211; Troplong, op. cit., II, 400; Pont, op. cit., I, 381. Ma cfr. Aubry et Rau, op. cit., § 259; Thézard, op. cit., n. 39; Guillouard, op. cit., II, 666; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 920.

Digitized by Google

pure, rispetto all'ipoteca è già determinato, nel senso che il concedente *aliena* il valor della cosa nella parte corrispondente all'usufrutto, e quindi il creditore ha il diritto di *alienare* l'usufrutto ch'esisterà come tale a favor di chi lo avrà acquistato. La qual risoluzione, se da grave dubbio può essere avvolta quando nell'ipoteca si vegga soltanto il peso conceduto su di una cosa speciale, determinata, è invece giustificata al tutto, dove si pensi che nel rapporto vien dedotto principalmente il *valor* di essa cosa: e nulla vieta che l'onere sia imposto su quella parte di valore che risponde ad un diritto reale non esistente ancora, ma che sorgerà per via dell'esecuzione. Il proprietario (o altro titolare del diritto più ampio) *aliena* col valore così ristretto, la *potestà* di costituire sulla cosa (o sul diritto più ampio) quel diritto il cui *valore* è stato dedotto nella creazion dell'ipoteca (1).

La qual costruzione giuridica ben si sorregge su considerazioni economiche; il concedente ha maggior interesse a consentire l'ipoteca su parte del suo diritto, meglio che sul diritto intero, tanto più quando il diritto onerato si separa dalla nuda proprietà soltanto a tempo; e lo sviluppo stesso del credito si gioverebbe assai della dottrina sostenuta, perchè le obbligazioni di minor valore potrebbero essere garantite senza aggravio della proprietà intera (2).

72. Come avvenne di osservare rispetto alla proprietà, così pel caso d'ipoteca conceduta sull' usufrutto nasce dubbio intorno l'aumento posteriore che questo abbia per l'accrescimento avveratosi: il qual istituto ha in materia di usufrutto efficacia più ampia, perchè costituita tal servitù cumulativamente a favore di più persone, la parte per cui poscia s'estingue non ritorna al nudo dominio, ma s'unisce alle altre (3). E, sebbene altri siano i termini per cui procede, questo *jus adcrescendi* ha di quello ereditario la stessa ragion determinante, nell'intenzione di chi cumulativamente ha chiamato più persone al godimento della stessa cosa; or può avvenire,

(1) C. civ. a. 528. Confr. Colmet de Santerre, op. cit. IX, 78 *bis*, III; Laurent, op. cit., XXX, 213; Aubry et Rau, op. cit., § 259; Pont, op. cit., I, 384; Guillouard, op. cit., II, 673; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. II, 907.

(2) Nè si può obbiettare che con tal costruzione si ha l'ipoteca costituita su cosa futura; il *diritto* esiste di già, sebbene non specificato, nel patrimonio del costituente, e la sua determinazione è contenuta nella concession dell'onere.

(3) C. civ., a. 885.

Digitized by Google

che uno degli usufruttuarî abbia conceduto ipoteca sulla sua parte, e che in seguito a questa s'aggiungano le altre: l'ipoteca s'estenderà pure, con l'accrescersi dell' *oggetto* sul quale originariamente ebbe nascita?

I termini della risoluzione non variano da quelli già indicati; se si dovesse argomentare dal solo *estendersi* dell' oggetto, che non muta di entità per l'accrescimento ch' ebbe, l'ipoteca conceduta sulla parte si dovrebbe estendere agli aumenti successivi della cosa onerata, avvenuti per legge senza alterazion dell'oggetto così accresciuto. Ma d'altra parte vuolsi avvertire, che la volontà può impedire che l'accrescimento s'avveri, e il concedente ha ben facoltà di dichiarare che l'*oggetto* gravato d'ipoteca dovrà rimanere qual è al momento della creazion del rapporto; cosicchè la disputa si riduce tutta alla disamina della volontà, e soltanto nel dubbio l'estensione dell'oggetto per sola virtù di legge, manterrà la sua virtù anche rispetto all'ipoteca (1).

73. Dell'idoneità della servitù reale ad essere oggetto d' ipoteca occorse già di discutere (2), e mentre si rilevò che nel diritto odierno è pressochè insegnamento comune quello che l'esclude (3), si accennò alla diversa decisione ch' è nei fonti (4) per le quattro

---

(1) V. su questo punto le considerazioni esposte a pag. 162 e segg.

(2) V. il vol. I, n.

(3) Chiesi, op. cit. II, p. 65, segg.; Pacifici-Mazzoni, op. cit. I, p. 240; Colmet de Santerre, op. cit. IX, 78*bis* III; Aubry et Rau, op. cit. § 259; Laurent, op. cit. XXX, 213, Martou, op. cit. II, 737 e seg.; Troplong, op. cit. II, 402; Grenier, op. cit., I, 151; Persil, op. cit., c. III, § 1 e seg.; Pont, op. cit. I, 393; Thézard, op. cit. 39; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. 928.

(4) L. 11, § 3; l. 12 *D. de pign. et hyp.* (XX, 1). Sulla teoria proposta per tentar la conciliazione dei due testi, o per affermare in modo generale con nuovi concetti dedotti dalla natura giuridica del pegno la decisione contenuta nel primo, v. il vol. I, p. 484 e segg. La dottrina che risolve la conciliazione, argomentando dalla diversa entità della servitù considerata nei due testi, è della Glossa (*Arc.* ed *L. L.*) e soltanto in parte è accolta da Bartolo e dalla sua scuola (Cepolla, op. cit., c. XII, n. 4); che invece asserisce la pignorabilità alle servitù rustiche da costituire, negandola a quella costituita, sieno esse urbane o rustiche; Bart., ad L. 12 cit.; Negusant., op. cit., p. II, m. 3, nn. 17 e segg. Concetto questo dell'ipoteca su servitù da costituire, esteso poi anche alle servitù urbane; Balduin., op. cit., c. XIII; Donell., op. cit., c. VIII, §§ 3 e segg.; e v. pure Bachov., op. cit. II, 7; Windscheid, op. cit., § 227; Gugino, *Concetto del dir. di pegno secondo il D. R.* (Palermo 1878), p. 71 e segg.; e che in genere contiene di già la dottrina più recente,

Digitized by Google

originarie servitù dichiarate ipotecabili. Rispetto alla qual singolarità si descrissero le varie spiegazioni proposte dagli interpreti, dimostrando che sebben condotte su concetti scientificamente esatti, mal s'adattano alla restrizion dell'ipotecabilità a quelle quattro servitù; se davvero contenessero la ragion vera della decisione, non s'intende come questa idoneità non siasi estesa a qualunque servitù reale, a qualunque peso constituito sulla cosa. Ond'è, che parve miglior consiglio quello di spiegare la dottrina romana per via di considerazioni puramente storiche sul concetto di « *servitù reale* »; della qual si disse, che in origine dovette essere tenuta come smembramento della *proprietà*, ripugnando all'analisi non compiuta dei concetti giuridici l'ammessione di un « diritto sulla cosa » non insistente davvero sulla cosa stessa. Intesa così la servitù, chiara n'è la conseguenza del potersi essa *mancipare fiduciae causa* (1), e quindi dell'ipotecabilità (2): ma quando con la miglior determinazione della sua entità giuridica, si manifestò qual *peso* gravante sul fondo a favor di altro fondo, e per tal sua destinazione non parve alienabile separatamente, si dovette pur riconoscere che l'inalienabilità s'opponeva a mantenere l'idoneità a concedervi ipoteca. Senonchè, questa nuova risoluzione non si sovrappose al tutto all'altra, ed entrambe rimasero nei fonti; si mantenne il diritto antico (ormai sorretto da ragioni storiche, perchè repugnante alle nuove dottrine giuridiche) per

---

la quale, astraendo dalle varie proposte già tentate rispetto al modo di esplicarsi dal vincolo di pegno sulla servitù, vide in questa forma di sicurtà il pegno di quella parte di valore della cosa che alla servitù costituenda si riferisce; Büchel, op. cit., p. 73; Sintenis, op. cit., § 21; Dernburg, op. cit., § 6; Vangerow, op. cit., § 367; Windscheid, op. cit., § 127, e cons. specialmente Hölder, in *Arch. f. Civ.*, LXV, p. 113 e segg.: e la mon. del Piccinelli, *Il pegno di servitù prediale*, Firenze, 1884. Certo, contro questa dottrina (a non dir dell'altra, or abbandonata, spiegante e limitante la pignorabilità della servitù col concetto dell'*utilitas contrahentium:* Coccei., op. cit., l. XX, § 9, III; Merlin., op. cit., II, t. I, q. 25) non poche obbiezioni si possono fare, dedotte specialmente dalla considerazion dell'*oggetto*, sul quale l'ipoteca è costituita; ma le difficoltà scompaiono quando s'argomenti dal contenuto del pegno (estimazione di valore), e si pensi che l'ipoteca detta « *su servitù da costituire* » è modo di gravare una parte del valore dell'oggetto esistente, che si dovrà determinare, individuare, con la forma speciale del concedere una special servitù sulla cosa.

(1) V. il vol. I, l. cit.

(2) V. la n. prec. S'intende (v. la n. a pag. prec.), che tutt'altra è la ragion della teoria proposta sull'ipotecabilità della servitù nel diritto odierno.

Digitized by Google

le quattro originarie servitù reali, e lo s'innovò per le altre: tanto più, che la vecchia teoria poteva essere sorretta da speciali considerazioni, attenenti alla natura delle servitù riconosciute ancora come ipotecabili: e cioè, dalla *possibilità* loro di prestare l' utilità anche a fondi diversi da quelli pei quali erano state costituite in origine, dalla facilità di alienarle (1).

Par questa la ricostruzione più accoglibile della teoria romana, intorno al punto che pur negando l'ipotecabilità delle servitù reali, l'afferma per le quattro più antiche tra di esse; nè, come s'è detto, si può dichiararla supponendo che l'ipotecabilità si riferisca non a servitù constituita, ma constituenda, in modo che per via dell'ipoteca sia interdetta al *dominus* quella parte di potere occorrente a concedere una determinata servitù, la qual poi sorge con l'esercizio della sicurtà reale. Se tal concetto avesse informato la dottrina romana, certo questa non avrebbe accolto la restrizione or descritta: e se nella successiva specificazion del concetto del « *pegno* » ben se ne intese il contenuto di « *alienazione di valore* », a dirlo un peso sul *diritto* astrattamente considerato, non s'arrivò mai (2).

Invece nel diritto odierno questa concezione può, e dev' essere accolta: l' « *alienazion di valore* » ch'è nella sicurtà reale, consente di affermare che può essere alienato il *valore* di un dato modo di disporre della cosa, anche se la *forma* cui s'intende non esista ancora: per intanto è già vincolata quella parte del diritto di disposizione occorrente a costituirla, e la costituzione effettiva, concreta, avverrà con l'esercizio che il creditore faccia della sicurtà concessagli. È alienato cioè il *valore* della cosa nella parte rispondente alla costituzion di una servitù: ed il creditore può conseguire l'*oggetto* del suo rapporto, soltanto col costituirlo: ciò che avvien di necessità col procedere all'esecuzione (3).

74. Certo, alla costruzion giuridica dell' ipotecabilità di *servitù reale constituenda* non assentirà il movimento della pratica (4),

(1) V. il n. prec. e la n. 4 a pag. 176.

(2) V. la n. prec.

(3) Su questo concetto, v. le considerazioni già fatte relativamente all' ipotecabilità della superficie.

(4) Tant'è, che la dottrina contraria è generalmente insegnata nel diritto odierno; v. Pacifici-Mazzoni, op. cit., l. cit.; Laurent, op. cit., XXX, l. cit.; Aubry et Raü,

Digitized by Google

perchè la costituzione della servitù (*acquisto*), utile *forse* ai *soli* fondi vicini a quello che dovrebbe esserne onerato, è *difficilmente alienabile:* quindi, sebben la teoria estenda il termine dell'*ipotecabilità* fin dove esiste l'*alienabilità* della cosa, pure, la semplice difficoltà della realizzazione del valore non soltanto impedisce, ma paralizza al tutto il fine della sicurtà, ed il credito ch'essa vorrebbe garantire. Difficoltà che forse apparì minore alla dottrina romana, rispetto alle quattro originarie servitù reali per cui si mantenne la possibilità dell'ipoteca; così, la *possibile* attuazion pratica dell'istituto conferì a conservarlo, nonostante la nuova e compiuta teoria della servitù reale.

75. La qual teoria, passata interamente nel diritto posteriore e nell'odierno, impedisce che la *servitù reale costituita* sia ipotecabile: non *alienabile* per sè, separatamente dal fondo al cui vantaggio è destinata, inutilmente potrebbe essere onerata di garanzia reale. Ma tra queste servitù, ve n'ha alcune in cui l'*utilità*, ch'è in esse, toglie apparenza materiale, esteriore: talchè si può dire, che si possa ben *separarla* dal fondo a cui benefizio originariamente venne costituita, ed attribuirla ad un altro (1). Il qual carattere speciale del rapporto fa sì che l'« *incorporalità* » della cosa par che venga meno, e sopravviva perciò in altro modo la concezion primitiva della servitù, considerata come diritto su di una « *cosa* »; soltanto, questo concetto attribuiva alla servitù lo « smembramento del fondo », mentre nella costruzion proposta la « *corporalità* » vien fatta consistere nel modo di essere dell' « *utilità* ». In tal modo si può intendere la separabilità e quindi l'ipotecabilità del *diritto di servitù*, o almeno dell' *esercizio di essa:* nè altra è la costruzione occorrente a giustificare l'ipotecabilità della servitù di presa d'acqua, che per solito vien difesa con incompleti e vani argomenti

---

op. cit., § cit.; Colmet de Santerre, op. cit., l. cit.; Pont, op. cit. e l. cit.; Thézard, op. cit., l. cit.; Guillouard, op. cit., II, l. cit.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, l. cit.; C. civ. germ., § 1114, chiar. con la L. d'introd., § 60; cons. Haidlen, op. cit. su q. §; Enneccerus u. Lehmann, *D. Burgerl. R.*, Marb., 1895, II, § 43; Endemann, *Einführ i. d. Stud. B. R.*, Berl., 1898, II, § 122.

(1) La teoria muove, perfezionandola, dalla dottrina conciliante i testi ricordati dei Digesti, coll'estimazione dell'*utilitas contrahentium;* v. la n. 4 a pag. 176; e di assai *perfezionandola*, perchè l'*utilitas* qui è valutata e determinata oggettivamente, secondo cioè la natura speciale del servizio ch'è nella servitù. Cons. specialmente Romagnosi, op. cit., l. cit.

Digitized by Google

desunti dalla lettera della legge sulla determinazion dei beni immobili (1).

Question quest'ultima che occorse già di ricordare (2); e si può, per l'identica ragione di decidere, affermare l'ipotecabilità della servitù *reale* di caccia o di pesca; la « *separabilità di servigi* », e quindi l'idoneità dell'*utile* ch'è il contenuto del rapporto di assumere un aspetto esteriore, materiale, mostra con la possibilità economica che sia prestato ad altri, il diritto od almeno la possibilità giuridica di cedere l'esercizio di esso (3). E la misura dell'alienabilità è pur l'indice dell'ipotecabilità.

76. L'enfiteusi inducente, per l'entità economica e giuridica che la distingue, uno smembramento della proprietà, è tra le cose ipotecabili: il potere di godimento nettamente separato dal nudo dominio, è ben più ampio che la servitù di usufrutto non sia, così da poter essere alienato per sè e non soltanto pel suo esercizio: e nell'ordinamento legislativo questa parte di dominio è quella che per l'importanza economica sua ha maggior considerazione, potendosi trasformarla, redimendola, nel dominio perfetto. La legge, per giusta conseguenza dedotta da questi concetti, ha posto l'enfiteusi tra i beni idonei a ricevere ipoteca (4); e se anche non l'avesse espressamente ordinato, la risoluzione accolta non sarebbe stata men certa, argomentando dallo « *smembramento del dominio* », dalla « *parte di proprietà* » ch'è nella sostanza dell'enfiteusi, e dall' « *alienabilità* » del diritto spettante al titolare.

Dalle idee esposte intorno la natura del diritto di sicurtà reale, e dall'applicazione or fattane alla servitù, s'intende poi di leggieri, che l'ipoteca oltre che sull'enfiteusi esistente, può essere conceduta sul-

---

(1) V. le considerazioni esposte a pag. 176.

(2) La risoluzione accolta accenna all'*utilità del diritto*, od almeno *dell'esercizio* di esso; la differenza tra i due *oggetti* della cessione è posta a fin di coordinare la cedibilità al concetto che la servitù, nonostante la *separabilità di servigi*, rimane sempre *qualitas praedii*; perciò, in analogia a quel che avviene per l'usufrutto (e ponendo così in corrispondenza la *personalità* di quest'ultimo con la *qualitas* indicata), s'è detto di « *cedibilità dell'esercizio* ». Ma non si può nascondere, che sebbene le due costruzioni consentano, com'è detto nel testo, l'ipotecabilità della servitù, quella affermante la *cedibilità del diritto* meglio risponda al concetto fondamentale della « *separabilità dei servigi* ».

(3) V. la n. prec.

(4) C. civ., a. 1967, 3°.

Digitized by Google

l'enfiteusi constituenda: il *valore* rispondente a questo rapporto, se non formalmente, virtualmente già sorto, è la *parte* della proprietà che vien onerata di garanzia.

77. La stessa ragion d'ipotecabilità dell'enfiteusi, dovrebbe determinare anche l'ipotecabilità della superficie: se l'*alienabilità* è il criterio inducente l'idoneità della cosa a sopportare l'ipoteca, la superficie ch'è alienabile dovrebbe pur essere ipotecabile. Senonchè, pare che a tal risoluzione contraddica gravemente l'ordinamento legale, che designando le cose idonee a sostenere il peso ipotecario disse dell'enfiteusi, e non della superficie: ora, o si deve inferire da ciò quel che taluni avvisano del non essere il diritto di superficie ammesso dalla legge odierna, e del non poter quindi i privati costituire altri diritti reali che l'ordinamento legale non determini, e consenta: oppure, quando s'accolga la dottrina contraria, e perciò la possibilità di costituire la superficie secondo la legge, si dovrà indurne l'idoneità sua a sopportare l'ipoteca, essendo, come l'enfiteusi, smembramento della proprietà.

Che la legge non s'opponga alla creazione del diritto di superficie, non par dubbio (1): con altro nome non si potrebbe ben determinare il diritto di edificare che il proprietario del suolo può consentire ad altri, la sopraelevazione del muro comune che la legge espressamente consente al compartecipante (2): e nella stessa concezione del diritto di palco in teatro, la figura della superficie s'unisce all'altra della comproprietà, concorrendo così a fissarne il contenuto (3). Ma se il diritto di superficie è costituibile ed è alienabile, dev'essere perciò anche ipotecabile: nè s'intende, come nell'ordinamento legale su questo argomento sia ricordata l'enfiteusi, e si taccia della superficie: e dove s'argomentasse dal concetto che le cose ipotecabili sian soltanto quelle che la legge dichiara tali, la superficie, sebbene diritto reale immobiliare ed alienabile, non sarebbe ipotecabile (4).

La qual risoluzione può essere mutata da un altr'ordine di considerazioni, attenenti alla stessa entità del diritto di superficie. Nella quale, meglio che *peso* sulla proprietà altrui, s'ha smembramento di

(1) Cons. e cfr. Gabba, mon. cit.; Coviello, mon. cit.
(2) C. civ., a. 553.
(3) V. la mon. di Chironi in *Riv. music.*, 1897, f. 2, 3.
(4) Laurent, op. cit., V, 458.

Digitized by Google

essa, un vero dominio cioè, il cui titolare è il *dominus superficiei:* la natura della cosa è tale, che la *superficies* si distacca come oggetto per sè stante dal suolo su cui è elevata, e la legge stessa nel disporre della sopraelevazione del muro comune fatta da un compartecipante, dice di *proprietà* che a questo spetta. Qui dunque, più che nella stessa enfiteusi, la separazion della proprietà è evidente, e forse non è altra la ragione per cui non s'è disposto esplicitamente della superficie: il cui *effetto* sarebbe cioè la *proprietà* della sopraelevazione. E allora, la question dell' ipotecabilità rimane agevolmente risolta: il titolare della superficie è *proprietario* della sopraelevazione, e in conseguenza può ben ipotecare la cosa *immobile* ch'è oggetto del suo rapporto (1).

78. In relazione al concetto or esposto, si può asserire al proprietario di un bosco, o di altra piantagione, la facoltà, pel suo diritto di superficie, di vincolarli ad ipoteca: egual potere spetterebbe all'usufruttuario, limitatamente all'esercizio del suo diritto, se il titolare del rapporto di superficie l'avesse conceduta in usufrutto. Parimenti, ottenuta la concession di edificare sul suolo altrui, il titolare, nel caso che la costruzione non rappresenti l'esercizio di servitù dovuta ad un fondo, e fosse in tal figura alienabile per sè, potrebbe ipotecarla come « *superficie* »: nè egual diritto può essere negato al *concessionario* che avesse ottenuto dall' amministrazione il potere di far novità sul pubblico suolo, quando a ciò non s' opponesse la legge della concessione. La quale potrebbe interdire l' « *alienabilità* » del diritto conceduto, e quando ciò avvenisse chiaro è che anche l'ipotecabilità sarebbe tolta: per il che, se l'amministrazione avesse consentito il collocamento di rotaie nelle vie e piazze pubbliche per l' esercizio di linee tramviarie, la concessione sarebbe ipotecabile entro quei limiti in cui fosse validamente alienabile (2).

---

(1) Merlin, *Quest. de dr.* cit., v. *biens nationaux*, § 1; Demolombe, op. cit., IX, 483 e seg.; Aubry et Rau, op. cit., § 223, t. e n. 14; Troplong, op. cit., II, 404 e seg.; Pont, op. cit., I, 391; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 934. Sull'entità del dir. di superficie del diritto odierno, cons. specialmente Coviello, mon. cit.; Gabba, mon. cit.

(2) Sulla natura giuridica della concessione, v. l. cit.; Chironi, *Quest. di D. c. l. cit.*, e in particolar modo, per la notevole esposizione critica delle costruzioni proposte, la mon. di Ranelletti, in *Riv. it. di Sc. giurid.*, 1897, f. I-III.

Digitized by Google

E se l'alienabilità è possibile quando non contraddica al fine stesso della concessione, s'intende che tal possibilità esiste, allorchè l'alienazione sia considerata indipendentemente dal pubblico servizio pel quale la concessione è fatta: ma il fine di quest'atto, la natura dell'oggetto che vi è dedotto, secondo quel che più generalmente avviene, possono ben impedire l'alienabilità; e in tal caso, il valor giuridico dell'alienazione dipende tutto dalle regole fissate, o in ogni modo inerenti alla concession seguìta (1).

79. Della cosa immobile, o del diritto immobiliare ipotecabile, si può gravare d'ipoteca anche una parte indivisa, consentendolo giustamente il poter di disposizione che sulla propria quota spetta al partecipante sulla cosa comune: comproprietario rispetto a questa, egli è proprietario della quota indivisa, intellettuale, ch'è il termine del suo concorso nell'intero. Ma la consistenza effettuale del suo diritto dipende poi dall'assegnamento concreto che sia fatto sulla cosa, perchè la quota è soltanto segno rappresentativo di *quanto* al compartecipante spetti della cosa comune, e l'attribuzion effettiva della parte è l'esplicazione concreta di questa misura ideale, onde il concetto che la divisione non sia atto traslativo bensì dichiarativo di diritto (2): e di qui due conseguenze. La prima, che a fin di liquidare il valore della *quota ipotecata* è necessario di accertare anzitutto, mediante la divisione, i *beni* ch'*effettivamente* entreranno a comporla, perchè l'effetto dichiarativo può togliere dalla *porzione reale* alcuni o tutti dei beni compresi nella *quota ideale*, e come tali ipotecati in ragione dell'estension di questa: ora, l'*esecuzione reale specializzata* ch'è nel concetto dell'ipoteca, non può consentire si riduca in valore un immobile di cui non si sa se davvero entrerà nella porzione spettante all'obbligato, mentre si sa che l'incertezza può essere tolta senz'altro con la divisione, e che l'ipoteca sulla *parte indivisa* è ipoteca sui beni che in realtà la comporranno. E s'avverta poi, che senza questo previo accertamento il dubbio intorno l'efficacia della vendita allontanerebbe gli offerenti dal concorso alla liquidazione, con grave iattura dei creditori esproprianti, e dello stesso espropriato: al che bene avvisò la legge, ordinando che agli esperimenti di asta preceda la divisione a fin di *determinare* l'oggetto vero, effettivo

(1) V. la n. precedente.
(2) C. civ., a. 1034.

Digitized by Google

della procedura esecutiva (1). La seconda conseguenza dell'effetto dichiarativo asserito dalla legge alla divisione, è, che nel caso non entri nella parte, com'è stata formata, la cosa su cui è stata inscritta l'ipoteca in ragion della quota, l'onere cessa di esistere: e quando avvenga che la cosa ipotecata entri nella parte in quantità minore di quella onerata, ad essa si dovrà per necessità ridurre l'onere (2). Il qual effetto dichiarativo si mantien pure nel caso di licitazione tra coeredi, e non quando all'incanto si rendesse aggiudicatario un terzo: neanche limitatamente a quel coerede cui gli altri coeredi assegnassero il ricavo ottenuto da tale aggiudicazione (3).

Altro è vedere, se l'ipoteca si trasporti poi di pien diritto sulle cose effettivamente comprese nella porzione dell'obbligato, e non comprese invece nell'iscrizione tolta in ragion della quota: del che si dirà, descrivendo la *surrogazione* dell'oggetto dedotto nel rapporto d'ipoteca.

80. La quota originaria onerata d'ipoteca può mutar poi di estensione per fatti giuridici provocanti l'*ius adcrescendi:* e s'è già osservato, che, argomentando dell'entità di questo diritto, si dovrebbe decidere che non induca mutazion veruna nella sostanza giuridica della quota, perchè deriva dall'una ed identica vocazione, limitata in seguito dal concorso (*concursu partes fiunt*); e che l'ipoteca s'estende senz'altro, per virtù di legge, all'aumento avvenuto. Ma s'è poi accolta come ragion prevalente, la necessità d'indagare ed osservare la *volontà* che presiedette alla creazione dell'ipoteca: se l'accrescimento si avvera senza che l'avvantaggiato lo voglia, è pur vero che la determinazion dell'oggetto sul quale è consentita la sicurtà reale, può escludere ogni aumento che in seguito, *per qualunque causa*, possa estenderlo. Cosicchè, se manifestamente consti che tale sia stato il voler delle parti, o del concedente (anche se espresso in modo tacito, come avverrebbe nell'indicazione stretta degli stabili sui quali è concessa l'ipoteca in ragion della quota), l'aumento posteriore rimarrà libero dal peso: altrimenti avverrà se di tal vo-

(1) C. civ., a. 2077.

(2) C. civ., a. 1034.

(3) Cons. da ultimo, Cass. fr. 19 ott. 1896 in *J. du Pal.*, 1898, I, 41; ma cfr. la n. di Wahl, *ib.*, 1894, I, 417. V. in seg. la discussione intorno la possibilità di modificare i termini dell'ipoteca (surrogazione) senz'alterarne l'entità.

Digitized by Google

lere non risulti, valendo allora il principio, che l'accrescimento seguito *ope legis* non muta l'entità giuridica della cosa (corporale od incorporale) cui si riferisce.

81. Le cose mobili (*per natura loro*) non comportano valevolmente l'onere dell'ipoteca, e di quest'ordinamento occorse già di ricercare la ragione storica ed il significato (1): la legge romana, il diritto comune che su di essa si svolse, statuivano altrimenti, ma ciò avveniva per via di semplice deduzione dal concetto giuridico dell'ipoteca, non per effetto di considerazioni economiche; e nella pratica, come gli stessi fonti attestano, l'ipoteca che sui mobili era giuridicamente possibile, cedeva il posto al « *pegno manuale* ». Lo sviluppo e la determinazione del concetto di « *pegno* » continuamente perfezionantesi, non si poteva certo ristringere alla diversa natura delle cose onerate di sicurtà, ma il fine economico del rapporto mostrava che a tal natura si doveva badare a fin di conseguirlo effettivamente: la cosa mobile, per la sua facile ed immediata trasmissione, non dava sufficienti garanzie al creditore che vi avesse sicurtà con la forma dell'ipoteca, e quindi, nonostante si ottenesse con questa il fine giuridico della garanzia reale, lo scopo economico induceva a seguir pei mobili la forma del *pegno proprio* (o *manuale*).

Perciò la figura dell' *ipoteca* a fin di costituire la sicurtà reale mobiliare andò cedendo al *pegno* (2), eccezion fatta specialmente per un caso, in cui essa ben rispondeva alla *destinazione* dell'oggetto: la garanzia cioè costituita sulla nave, perchè adottando qui la forma del pegno manuale, si sarebbe resa al tutto inutile la sicurtà, ed il fine stesso dell'operazion principale.

82. La legge odierna ha posto in miglior relazione il fine giuridico dell'ipoteca con lo scopo economico, e, movendo dalle stesse considerazioni che la indussero a dar al possesso dei mobili corporali e dei titoli al portatore l'efficacia di titolo rispetto al possessore di buona fede (3), ed estendendone anzi le conseguenze per rendere sempre più certa e sicura la garanzia, fissò come regola il di-

(1) V. il vol. I, cap. I.
(2) V. lo sviluppo di questo concetto, nel vol. I, l. cit.
(3) C. civ., a. 707.

Digitized by Google

vieto di creare ipoteca su cose mobili (1). Nè si fermò a quelle teoriche intermedie, conciliative tra la concessione ed il divieto, che da taluni autori ed in alcuni statuti francesi erano state accolte (2) insegnanti la possibilità di dar efficacia giuridica all'ipoteca finchè le cose onerate esistessero in potere del debitore o del terzo concedente: così, assicurando quel favore verso il commercio, e la facilità e celerità degli scambi, che avevano indotto la norma protettiva del terzo possessore di buona fede « *mobilia sequelam non habent* » (3). E giustamente fece: un precetto dedotto dalla natura e dalla destinazion della cosa, non poteva accogliere restrizioni al tutto estranee a questi termini, e che nel fatto si sarebbero poi manifestati insufficienti, perchè avrebbero indotto il concedente a spropriarsi delle cose onerate.

83. Questa la regola. Ma alcune eccezioni vi apportò la legge, non argomentando semplicemente dalla *destinazion* della cosa mobile onerata, bensì valutando l'importanza della *destinazione*, in modo da estendere alle cose mobili quelle forme di garanzia e di pubblicità statuite per l'efficace trasmission delle cose immobili rimpetto a chiunque; a quella guisa che già la giurisprudenza romana s'era condotta, estendendo a mobili di valore speciale le norme fissate per la trasmission degli immobili (4). Attribuito con ciò alle cose mobili così considerate un carattere come d'immobili, si potè senza pericolo di offesa alla buona fede dei terzi, ed alla sicurtà del creditore, renderle oggetto idoneo d'ipoteca: come avvien per le *navi* e pei *certificati del debito pubblico*.

84. L'ipoteca *navale* è regolata dalla legge commerciale italiana col nome di « *pegno* navale » (5) quasi a mantener saldo il principio

---

(1) C. civ. fr., a. 2119; e su questo art. v. specialmente, VALETTE, op. cit., 129; e BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, nn. 951 e segg.

(2) Consuet. del Maine, a. 436; di Angiò, a. 421; di Normandia, a. 593; v. BASNAGE, op. cit., p. I, cap. IX; POTHIER, op. cit., n. 36; ESMEIN, mon. cit., III, in f.

(3) Consuet. di Orléans, a. 447; Cons. di Parigi, a. 170. V. POTHIER, op. cit. e « *S. la Cout. d'Orléans* » (in *Œuvr.*, ed. cit.) sull'art. 447; LA FERRIÈRE, op. cit., s. l'art. 170; BASNAGE, l. cit. in princ.; ESMEIN, mon. cit., l. cit. Son questi i fonti dell'art. 2119 del C. civ. fr., la cui disposizione, come al tutto superflua, non venne ripetuta nella legge italiana.

(4) V. il vol. 1, cap. I.

(5) C. comm., a. 485.

Digitized by Google

posto in tema di sicurtà reale, che ipoteca di cosa mobile non si dà; ma la denominazione non pregiudica l'entità dell'istituto, ch'è ipoteca vera, perchè la cosa onerata non vien per effetto della garanzia in possesso del creditore (1). Ond'è, che vien dichiarato espressamente, non essere tal fatto necessario alla legittima costituzion del pegno navale: e si sarebbe invece dovuto richiederlo, quando il *pegno navale* avesse mantenuto col nome anche l'entità del pegno.

85-86. Della qual cosa s'è accennata dianzi la ragione: della nave non si può dire, secondo avvien degli altri mobili corporali, che si possa facilmente trasmetterli di mano in mano, e che la difficoltà di seguirla nelle successive trasmissioni induca, pel rispetto alla certezza e sicurtà del commercio, la necessità di dare al possesso il valor di titolo: sia essa destinata ai viaggi marittimi, lacuali o fluviali, ai viaggi in alto mare o lungo le coste, ha esistenza propria, determinata, distinta con denominazione speciale: al che s'unisce la grande importanza sua, non soltanto per rispetto alla fortuna privata, ma all'interesse pubblico, pel servizio dei trasporti di cose e di persone (2), e come abitazione di chi la governa e dell'equipaggio (3). Ond'è invalsa la regola, che la nave viaggiante in mare sia quasi prolungamento del territorio nazionale, e perciò la necessità che della nazionalità sua consti per via di speciali forme e documenti; e forme particolari son pure ordinate, affinchè l'esistenza e la proprietà della nave sian rese certe al pubblico [iscrizione in appositi registri (4)], e la maggior certezza s'abbia intorno lo *stato* delle persone che ne formano l'equipaggio [*ruolo* di equipaggio]. S'intende con ciò, che la nave non poteva essere agguagliata agli altri mobili agli ef-

(1) C. comm., a. 487.

(2) Sul pegno della nave, v. pei molti materiali storici, la mon. di De Gioannis, *L'ipoteca navale*, Napoli, 1874; Stobbe, *Handb.* cit., II, § 154, I, n. 3; Dernburg, *Preuss. Pr. R.* cit., I, §§ 188, 354; Cons. la mon. del Mittelstein, *D. Schiffspfandrecht u. Schiffsgläubigerrecht*, Leipz., 1889; e l'altra del medesimo A., *Ueber d. rechtliche Natur der sogennanten Pfandklage d. Schiffsgläubigers*, 1891. V. pure specialmente per la legislazion comparata, Gonzalez-Revilla, *Manual practico de hipoteca naval. Comentarios y testo de la ley de 21 ag. 1893;* Madrid, 1894. V. Cosack, *Lehrb. d. Handelsrecht* (IV ed. in correlaz. al Cod. di comm. germ. del 10 mag. 1897), § 35; Lyon-Caen et Renault, VI, nn. 1608 e segg.

(3) C. di comm., a. 485, per la marina mercantile; a. 362 e seg. Cons. su questa forma, in ispecie rispetto alla legislazione comparata, Lewis-Boyens, *D. d. Seerecht* Lipsia, 1897, I, sul § 474 (439 mod.); Lyon-Caen et Renault, op, e l. cit.

(4) C. comm., a. 621.

Digitized by Google

fetti della norma accolta in materia di possesso; e che rimanendo l'esistenza sua determinata sempre integra, certa, nelle varie trasmissioni di cui sia oggetto, la legge, a ragion della *forma* occorrente a compierle, e della *pubblicità* dell'atto, bene avvisò dichiarandola idonea a sopportare l'ipoteca: considerata come *immobile* rispetto al modo di acquisto, non doveva sussistere difficoltà alcuna che s'opponesse a quest'ultimo provvedimento. Ch'era pur voluto dalla necessità di favorire il volgersi del credito alla costruzione ed all'armamento delle navi, e di facilitar così con lo sviluppo dell'industria dei trasporti, il commercio e la ricchezza nazionale (1).

87-88. Le quali considerazioni giustificherebbero in ispecial modo l'ipoteca navale *marittima*, perchè se le formalità necessarie a determinare l'esistenza e la trasmission del diritto sulla nave, son pure richieste nel caso di navi destinate a viaggi fluviali o lacuali (2), certo è, che soltanto alle navi destinate al commercio marittimo si riferisce particolarmente quell'importanza che indusse a ritenerle oggetto valido d'ipoteca. Tant'è, che in alcune legislazioni appena alle navi destinate a tenere il mare venne ristretta l'idoneità a sopportare ipoteca (3); e non giustamente: perchè l'importanza accennata non è la ragione unica per cui l'istituto si sostenga, e soltanto concorre a giustificarlo: nè d'altra parte si può dubitare dell'entità dei servigi che dà agli scambi la navigazion sui laghi e sui fiumi (o canali navigabili). L'entità particolarmente distinta, determinata, che la nave ha, per effetto della destinazion sua (se più o meno importante, non rileva), e delle formalità occorrenti ad accertarla; e la necessità di favorire il credito rivolto alle costruzioni navali, dichiarano agevolmente l'istituto com'è accolto dalla legge italiana, che non limita l'idoneità alle sole navi destinate a viaggi marittimi. Perciò, le gravi questioni agitate nell'interpretazion delle leggi che s'informano a questo concetto restrittivo, non hanno qui ragion di essere: inutile quindi discutere se la destinazion della nave al commercio marittimo risulti soltanto dall'intenzione del committente, in modo che impostata la co-

(1) V. gli Aut. cit. nella n. 2 a pag. 187. Vedi pure gli Aut. cit. nella n. 1 a p. seg.
(2) C. comm., a. 490.
(3) Così nella L. francese 10 luglio 1885.

Digitized by Google

struzione nel cantiere, basti sapere di questo intendimento (1): oppure, se ciò non basti e sia necessario di rinforzare la presunzione considerando le dimensioni tutte della nave (2): o se infine, anche questi elementi non diano certezza sufficiente, e sia necessario che la nave abbia tenuto effettivamente il mare (3). E s'intende, che delle tre dottrine l'ultima sia più conforme allo spirito della legge: se l'idoneità della nave ad essere oggetto d'ipoteca è riserbata alle sole navi destinate ai viaggi in mare, è necessario che di tal destinazione debba constare nel modo più sicuro: nella destinazione effettiva sta l'*idoneità*, l'*esistenza stessa* dell'oggetto che la legge dichiara suscettibile di ipoteca, nè l'interprete può limitare la restrizione, e creare, in dispetto alla legge, nuovi oggetti idonei dell'onere ipotecario.

89-90. Il quale validamente vien costituito anche sulla nave in costruzione; se la legge avesse ordinato il suo provvedimento pel solo caso di nave *esistente in conformità alla destinazione sua*, non avrebbe certo attinto lo scopo ch'è ragion precipua dell'ipoteca navale, perchè del credito s'ha bisogno non soltanto per l'allestimento, ma per la costruzione stessa della nave. Dove par che la legge, mossa dalla necessità di aiutare fortemente il commercio, sia venuta meno a quel concetto fondamentale dell'ipoteca, ch'è l'*esistenza attuale* della cosa onerata, perchè la *nave in costruzione* (e tale deve intendersi, anche se la costruzione fosse appena incominciata) è cosa futura: ora, sebbene delle cose future si possa concedere, come s'è detto, ipoteca, la cui costituzione effettiva sorgerà in seguito, pure, sulla nave in costruzione si può fin da principio *costituire* questa sicurtà reale. La difficoltà potrebbe sparire, se a risolverla si ricorresse alla figura della condizione, asserendo che la creazione e la costituzion del vincolo s'intendono subordinate all'avvenimento dell'*esistenza della nave*; ma s'andrebbe così incontro a grave dubbio, rispetto alla ragion giuridica di decidere, ed al fine economico dell'istituto. Perchè la condizione par-

(1) Su tali questioni v. la mon. di Mallet, *L'hypoth. marit.* (Paris, 1877); V. pure la mon. di Morel, *Comment. th. et pr. de la hyp. marit.* (Paris, 1875); e la mon. di Gentile, *De l'hypoth. marit.* (Paris, 1889), p. 102 e seg.; Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, nn. 1617 e segg.

(2) V. la n. preced.

(3) V. la n. preced.

Digitized by Google

rebbe potestativa, data la possibilità che il concedente l'ipoteca, e in pari tempo costruttore della nave, smettesse di costruirla, o che, se ad altri avesse commesso la costruzione, riescisse a sospenderla non effettuando i pagamenti pattuiti; e quando pur si dicesse che la condizione è qui potestativa, ma non meramente potestativa, vincendo così il dubbio rispetto alla costruzion giuridica, certo è che il credito difficilmente sarebbe attratto, fra tanti pericoli, a favorir l'industria navale.

91. E sarebbe quindi miglior teoria, ben rispondente alla lettera stessa della legge, questa di vedere nell'ipoteca della nave in costruzione, un rapporto di sicurtà reale esistente in modo puro, intero, appena costituito: la nave *compiuta* non è oggetto nuovo, nel senso che soltanto per via del compimento esisterà nella sua entità distinta, determinata, ma dev'essere considerata come il momento finale dello sviluppo di una *cosa*, il cui principio di esistenza si ha quando viene impostata quella *parte* attorno alla quale tutte le altre si connettono. Per il che, come avvien delle fondamenta di una casa, così per la nave è parte principale la *chiglia*, e coll'impostamento del legname a ciò destinato, s'ha il momento iniziale dell'esistenza di essa, pareggiata anche in ciò all'edifizio [*immobile* (1)]: quindi l'ipoteca conceduta sulla nave in costruzione esiste fin da principio, e grava su tutte le parti del materiale che dev'essere impiegato, man mano che vengano messe a posto secondo l'ufficio loro (2).

92. La qual teoria accolta, s'intende di leggieri la conseguenza che l'ipoteca comincia ad esistere soltanto allorchè con l'impostamento della chiglia la costruzione ha principio: l'aver già fissato il *piano* secondo cui questa dovrà essere condotta, e l'aver già raccolto sul luogo tutti i materiali occorrenti a incominciarla ed anche a compierla, non sono termini per sè sufficienti a che la costruzione paia giuridicamente intrapresa: non includendo essi il *fatto* che accerti materialmente, esteriormente questo momento, ch'è pure l'istante in cui la garanzia reale ha nascita.

(1) L. 61 D. *de rei vind.* (VI, 1).

(2) Con. e cfr. LAURIN, *Du dr. marit.* (Paris, 1892), p. 801, 802; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., VI, 1621; 1629; 1643 e segg. S'intende, che potrà constituirsi valevolmente l'ipoteca sulla nave in costruzione contro il *proprietario*, e quindi il committente oppure il solo costruttore, a seconda dell'entità giuridica del negozio. Cons. GENTILE, op. cit., p. 114 e segg.

Digitized by Google

93. Secondo s'è detto dell'ipoteca in genere, così anche l'ipoteca navale si estende a tutte le parti accessorie della nave, a meno che le parti non avessero convenuta l'esclusione di tutte o di taluna di esse dal rapporto di garanzia; e appena occorre di soggiungere, che dicendo degli *accessorî* cui l'ipoteca s'estende, s'accenna pur al caso di oggetti che accedessero per via di destinazione (1).

94-95. Fra i quali accessorî non si può comprendere il *nolo* dovuto pel godimento della nave: considerato qual frutto, non entra per sè nel rapporto di garanzia *reale* (che lascia integro al concedente l'ipoteca) il diritto di far suoi tutti gli utili che la cosa onerata dà secondo la destinazion sua, o che da essa derivano per via di negozio in cui sia dedotta. La difficoltà, non speciale a questo argomento, ma d'indole generale rispetto ai frutti o prodotti (2), toglie altro aspetto, quando si domandi, se l'ipoteca può colpire il nolo nel caso che le parti abbiano convenuto (o il concedente così abbia disposto), ch' esso s' intenda unito alla nave, e però l' ipoteca su questa colpisca pur quello, quasi vi accedesse: ma la decisione che desse tal carattere al nolo, e quindi tal virtù all'ipoteca, sarebbe per un verso ristretta alla sola ipoteca volontaria, e d'altra parte dovrebbe supporre la possibilità giuridica che il semplice volere delle parti dia a cose mobili la qualità di accessorie all' infuori dei termini nei quali siffatto potere è confermato (3). Così la legge ha determinato gli estremi occorrenti a che l'*immobilizzazione* possa avvenire (4), regolando minutamente l'accessione artificiale, e l'immobilizzazion per destinazione; e non pare che, per la molta diversità d'importanza che sotto più aspetti esiste tra le cose *immobili* e le *mobili*, la volontà dei particolari possa da sola spostare i termini in cui queste due classi di cose si contengono. Ond' è, che non può tenersi il *nolo* qual cosa accessoria della nave (5),

(1) C. comm., a. 480. Intorno la distinzione tra gli « *accessorî* » e le « parti » della nave, v. Lewis-Boyens, op. cit., I, sul § 478 (443 mod.). Cons. pure Abott, *Treatise of the Law relat. to merchant ships and seamen* (Lond., 1881), p. 3 e segg.; Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, nn. 1623 e segg.

(2) V. il vol. I, pp. 516, 517.

(3) C. comm., a. 480.

(4) C. civ., a. 2085.

(5) Su quest'argomento, assai discusso, e sulla cui risoluzione non concordano le legislazioni che lo regolano espressamente, v. Maclachan, *Law of merchant shipping* (Lond., 1877), p. 48; Lewis-Boyens, op. cit. I, l. cit.; Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, l. cit.

Digitized by Google

come neppur il *prezzo* del fitto di una cosa immobile può essere considerato accessorio di questo; e meglio conforta in tal decisione l'osservare, che la legge, movendo dal contenuto della *sicurtà* ch'è nell'ipoteca, ha ordinato il modo per cui l'immobilizzazion dei frutti della cosa onerata si produce, e cioè con la trascrizione del precetto immobiliare (1).

96. Vero è che le parti, od il concedente nel caso d'ipoteca testamentaria, possono statuire che il *nolo* sia pur gravato dell'ipoteca onerante la nave: ma se tal volontà non basta da sola ad immobilizzare il nolo come accessorio della cosa principale, varrà a vincolarlo per via di pegno, essendovi contenuto con certezza l'intendimento di assoggettarlo a garanzia. E perchè questa, ostandovi la natura della cosa, non può esistere nella forma voluta, potrà esistere invece in quell'altra forma che a tal'entità s'adatta, e cioè il pegno: ma è necessario che siano all'uopo osservati i requisiti tutti occorrenti a costituirlo validamente, limitandosi l'efficacia della volontà al solo atto creativo.

97. Tra le cose mobili per determinazion della legge sono annoverati i titoli di rendita pubblica (2), dichiarati oggetto valido d'ipoteca secondo i termini e le forme richieste all'uopo dagli ordinamenti intorno il debito pubblico (3). E s'intende che la concession della legge si riferisce ai soli titoli nominativi e non a quelli al portatore, che per l'entità economico-giuridica che li distingue, son parificati ai mobili corporali (4), e tollerano con ciò il pegno, non l'ipoteca; e si può giustificare il provvedimento, considerando l'importanza di questo modo di essere della fortuna mobiliare, la durata del rapporto (perpetuità, irredimibilità), che dà al diritto di credito come una consistenza di realità; nonchè la persona del debitore (Stato) e la necessità di favorire un'operazione di credito, alla quale la finanza dei varî Stati anche troppo frequentemente suol ricorrere; e s'aggiunga pure, che mentre pei titoli al portatore vale il principio che pei mobili il possesso

(1) C. civ., a. cit. La costruzione è così giustificata dal concetto di « *frutti* ».
(2) C. civ., a. 1967, 4.
(3) L. 10 luglio 1861, a. 24 e segg.
(4) V. su quest'argomento la mon. cit. di Chironi, *Il titolo al portatore* (Torino, 1892) e gli Aut. ivi cit.

Digitized by Google

ha valor di titolo (1), pei nominativi invece, la proprietà e le successive trasmissioni di essa si debbono accertare con opportune forme, inspirantisi, secondo avvien per gli immobili, al criterio della *pubblicità*. Il qual ordinamento determina l'entità della cosa mobile ed il diritto su di essa, in modo che il dichiararla oggetto valido d'ipoteca, apparisce conseguenza necessaria di questi presupposti.

Vero è, che non le sole considerazioni economico-giuridiche ora esposte dànno la ragion della legge, al cui provvedimento conferirono assai le teorie accolte nel diritto comune, e negli ordinamenti speciali, sull'entità della *rendita*. Che (ed in ispecie la *fondiaria* (2) per le dispute sollevate sulla natura del censo) dell'inerir suo al diritto sul fondo, oppure per la fissità e quasi immobilità data al capitale non più ripetibile, era considerata qual bene immobile (3): carattere ch'ebbero le prestazioni fatte allo Stato sotto forma di rendita (4), cui perciò s'estese in alcuni antichi ordinamenti la purgazion delle ipoteche (diventata poi *ricostituzione* della rendita) (5) in occasione della trasmission del titolo. Il diritto odierno, spinto a ciò da ragioni economiche, specie per la rendita perpetua fondiaria, e da considerazioni giuridiche, considerò nel rapporto di rendita il solo fatto della « prestazione » e quindi l'« obbligazione » esistente per sè; e mentre, in parte innovando la legge antica, in parte confermando alcune teorie costruite a dichiararla, pose la regola che le rendite perpetue o vitalizie son beni mobili (6), mantenne il vecchio carattere alle rendite sul debito pubblico (7), dichiarate perciò suscettibili d'ipoteca (8). E l'eccezione è motivata dalle considerazioni economico-giuridiche riferite dianzi: la sicurezza che all'esistenza dell'onere reale ipotecario fornisce il capitale « terra » od altro « diritto reale immobiliare », è qui prestata economicamente dalla stabilità della pubblica finanza, su cui la rendita vien costituita.

---

(1) V. la nota preced.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Les Biens* (Paris, 1898), nn. 96 e segg.; Planiol, *Tr. élém. de dr. civil* (Paris, 1899), n. 890.

(3) Sulle rendite *costituite*, v. gli Aut. cit. nella n. preced.

(4) Cons. da ultimo Vuhrer, *Hist. de la Dette Publ. en France* (Paris, 1886), II, p. 208 e segg.

(5) V. la n. preced.

(6) C. civ., a. 418 in f.

(7) V. la n. preced.

(8) C. civ., a. 1967, 4°.

Digitized by Google

98. L'idoneità ipotecaria eccezionalmente conceduta ai titoli or descritti, si restringe, secondo s'è avvertito, ai certificati *nominativi* di rendita, non ai titoli al portatore; ad essi, non a questi si riferiscono la determinatezza, la certezza oggettiva risultanti dall'iscrizione, così, che per un verso la rendita dovuta, non il capitale (variabile, secondo i casi) ha la fissità di oggetto reale, ed ha quasi esistenza per sè indipendente dal *fatto* del debitore obbligato: e per l'altro poi, titolare del rapporto apparisce chi sia inscritto nel libro del debito pubblico, e quindi abbia il certificato di rendita intestato a sè. Sul quale argomento s'è proposto di ritenere tal inscrizione come inducente la certezza assoluta dell'appartenenza, considerando il libro del debito pubblico secondo avvien del libro fondiario germanico per la proprietà terriera, e attribuendo così la pubblica fede alle inscrizioni contenutevi: costruzione che non importa qui discutere (1); interessa piuttosto di avvertire la proposta di togliere o di attenuare assai la diversità ch'è tra i titoli al portatore e quelli nominativi, osservando che in entrambi l'*oggetto* è sempre determinato, indipendente, e che per la circostanza dell'essere apparente il nome del titolare del rapporto non cangia di entità (2). Ma non s'avverte, che tal indipendenza s'avvera in ispecial modo nei titoli al portatore, appunto perchè tali (3), e che perciò la figura dell'obbligazione cede dinanzi alla realità, derivante dal fatto che il *credito* assume veste giuridica di oggetto mobile corporale; per il che, quand'anche la lettera della legge non risolvesse la questione, asserendo ai soli certificati nominativi l'idoneità ipotecaria, le formalità occorrenti ad accertare il diritto sul titolo basterebbero a restringerla così; senza pur osservare, che i titoli al portatore son beni mobili corporali, rispetto a cui il possesso di buona fede induce virtù di titolo.

---

(1) Cons. su ciò la mon. di Lévy-Ullmann, *Essai sur les titres nominatifs et sur la responsabil. d. Agents de change et d. débit. dans la transmission de ces titres*, in *Annal. de Dr. comm.* 1897, nn. 18 e segg. (pag. 119 e segg.).

(2) V. Lévy-Ulmann, mon. cit., n. 29 e segg.

(3) Vedi la n. preced.

Digitized by Google

CAPITOLO II.

L'ipoteca volontaria tacita (legale impropria).

Generalità.

Sommario. — **99-100.** Entità sua, e perchè differisca dall'ipoteca *volontaria*, e dall'ipoteca *legale* propriamente detta. — **101-102.** Regola d'interpretazione rispetto alle cause di questa maniera d'ipoteca; e designazion speciale di esse.

99. Sotto il nome d'ipoteca legale, avente cioè nella legge la ragion di sua nascita, son designati alcuni casi in cui non la qualità del credito strettamente considerata par che abbia indotto il provvedimento, sibbene il presunto intendimento delle parti che hanno costituito il rapporto cui si riferisce la sicurtà. E s'ottiene tal risultato, che occorse già di segnalare (1), indagando anzitutto l'entità dell'*ipoteca legale* propriamente detta e quella del *privilegio*, e poi confrontandole: ora, l'indagine ed il confronto mostrano che queste cause speciali differiscono dai due istituti, perchè l'ipoteca legale è, alla guisa stessa del privilegio, conceduta in vista della *ragion del credito*, pur differendone per più rispetti, secondo si dirà in seguito. Ma non la sola qualità del credito induce la garanzia, sibbene la *costituzione* stessa del rapporto che la determina ed al quale accede; il diritto odierno, pur non considerando nei contratti bilaterali la prestazione effettiva reciproca qual termine costitutivo del negozio (2), o negandole entità di *causa giuridica*, la considera tuttavia qual causa economica che può diventar poi *causa giuridica della risoluzione* del negozio. Questa la ragion di essere della condizione risolutiva tacita (3); e questo è pure il concetto giustificante l'*ipoteca* legale conceduta per alcuni contratti bilaterali; quella è garanzia più estesa perchè induce l'annullamento, questa

(1) V. in questo vol. il cap. I.
(2) Chironi, *Colpa contratt.* (2ª ediz.), p. 643 e segg.
(3) V. la n. prec.

Digitized by Google

invece assicura l'esecuzione dell'obbligazion garantita. E la legge ha proceduto argomentando dalla presumibile intenzion delle parti, delle quali, secondo esige la buona fede e la diligenza *in contrahendo* (1), una intende di trasferire purchè abbia nel suo patrimonio l'equivalente della cosa che n'esce, e l'altra intende di acquistare per via di tal impegno; e, senza difficoltà, questa considerazione s'applica pure ai casi in cui l'ipoteca legale accede ad atti non traslativi, e solo dichiarativi di diritto, supponendosi che un compartecipante a cosa comune intenda di pôr termine all'indivisione, in quanto siano adempiute le obbligazioni che per la divisione gli altri hanno assunto verso di lui (2).

Per il che, l'ipoteca or descritta se ha nome di *legale*, come quella ch'è stabilita dalla legge, si rannoda per altro compiutamente all'ipoteca *volontaria*, traendo dalla *presunta volontà* degl'interessati la ragion diretta sua; e differisce così dall'ipoteca *legale propria*, che a somiglianza del *privilegio*, ond'è derivato il suo concetto, è attribuita soltanto dalla legge in considerazione speciale della qualità del credito garantito, oggettivamente o soggettivamente estimato (3). Tant'è, che secondo già avvenne di osservare, l'ipoteca legale ha serbato, almeno in parte, un certo carattere di *generalità*,

---

(1) *Colpa contratt.* cit., p. 100 e segg.; 262 e segg.; e la mon. cit. di MELLIGER.

(2) Non pare si possa costruire altrimenti la ragion dell'ordinamento legislativo. E quando si voglia esplicare più nettamente il concetto esposto, si dovrà dire che il conguaglio e la rifatta rappresentano una sostituzione del *valore* alla cosa su cui specialmente insisteva il diritto del compartecipante, e che tale sostituzione è da lui accolta (o gli può essere imposta) con la garanzia dell'ipoteca, che rappresenterebbe la *ritenzion del valore ch'egli attualmente ha nella cosa.* E per questa via s'intende l'assimilazion fatta in seguito coi negozî di alienazione (v. il § seg.); vero, che l'argomento pare contraddica all'entità della divisione ch'è atto dichiarativo, ma così non dirà chi osservi che tal carattere è nell'*effetto* dell'atto compiuto, non nei mezzi che conducono a porlo in essere. Difatti, in realtà nella sua formazione si appalesa la mutuità delle traslazioni, e nella specie altro non è la sostituzion descritta; ma quando è compiuta, per giusta ed opportuna funzione di legge si ha quella presunzione intorno all'oggetto vero del diritto di ognuno dei compartecipanti, che si esprime con la formola accettata dell'« *effetto dichiarativo* », o di « *atto dichiarativo* ».

(3) Osservazione già fatta, nè occorre insistere a dimostrarne l'esattezza; è la legge che mentre tempera l'estensione del favore concesso, lo rende più forte nella realità; non altra è la mutazion del *privilegio* nell'*ipoteca*, a causa della specialità necessaria a questa garanzia reale. La generalità ch'era nel privilegio, s'è mantenuta nella ragion di costituire la sicurtà: di ciò a suo luogo.

Digitized by Google

mentre l'ipoteca, or studiata, è interamente *speciale* (1): criterî pur questi onde tal ipoteca si differenzia dal *privilegio*, che a sua volta, sebbene *meno esteso* rispetto ai beni ed alle persone cui si può opporre, è più *intenso* di efficacia di fronte ai creditori a causa dell'intera preferenza ch'esercita.

100. E ad altra conseguenza sono idonei i concetti or fissati: che, nonostante cioè, questa garanzia dell'ipoteca legale volontaria si connetta alla causa economica del negozio, pure non ha, almeno in apparenza, quell'intensità di effetto che la sua ragion di essere dovrebbe conferirle. Difatti, argomentando da tal presupposto, il credito garantito dovrebbe prevalere, per l'entità sua intima, su qualunque altro, ed alla sicurtà dovrebbe quindi derivarne il carattere di *privilegio:* nè altrimenti è ordinato nella legge civile francese, che denominandola « privilegio immobiliare » ne fa in sostanza un'ipoteca legale privilegiata (2); rispondente in ciò alla pratica invalsa nel diritto comune di provvedere all'ipoteca tacita non concessa all'alienante, con la facoltà attribuita a questo di stipulare la *retentio dominî* (3). La legge italiana ha ritenuto sì, che il concedente abbia voluto consentire all'atto soltanto nella giusta opinione di percepire il corrispettivo in esso e per esso attribuitogli, ma a tal credito non concede *privilegio*, sibben l'*ipoteca*, facendo derivare la sicurtà non da estimazione sua, bensì dal volere degli interessati; e in ciò si rannoda più correttamente al diritto comune che lasciava in facoltà loro la stipulazione su ricordata: sebben talvolta (4) provveda più efficacemente, quasi che la garanzia fosse privilegiata, combinando l'iscrizione dell'ipoteca alla trascrizion dell'atto di vendita cui il debitore abbia proceduto in seguito. Perchè fino al momento della trascrizion dell'atto, onde il credito ha nascita, è possibile iscrivere l'ipoteca che lo garantisce: la trascrizione rende pubblico il trasferimento, e l'iscrizione costituisce parimenti l'ipoteca a garanzia del credito pel quale il tras-

---

(1) Difatti, qui non il concetto di *beneficium legis* dà causa all'istituto; sibbene la volontà presunta, derivata dalla ragione economica del negozio.

(2) C. civ. fr., a. 2103: v. pure C. civ. del Giappone, a. 325, 3°. V. il vol. I, cap. I.

(3) Cons. specialmente De Luca, op. cit. *de credit.*, l. 6, n. 7: Merlin., op. cit., l. 4, tit. 1, q. 41, n. 44; Ansald., op. cit., p. 56, n. 47; Zanch., op. cit., *ex.* 1, nn. 6, 14.

(4) C. civ., a. 1969, 1985.

Digitized by Google

ferimento è stato consentito, precedendo così, per virtù del grado, le ipoteche successive.

101. Il maggior risultato che si trae dalla costruzione or proposta, e dal quale si può certo dissentire, è il criterio dirigente l'interpretazion della legge che ordina l'ipoteca volontaria tacita o legale. Nell'ipoteca legale propriamente detta, la ragion di essere che ha comune col privilegio induce la necessità che, a somiglianza di quanto avvien per quest'ultimo, l'interpretazione sia rigidamente tale da non introdurre casi d'ipoteca legale oltre quelli che la legge concede; non è, come s'è già osservato, che la materia non comporti interpretazione alcuna, secondo di necessità seguirebbe dalla dottrina che, esagerando la portata del concetto « *privilegia sunt strictissimae interpretationis* », insegna doversi contenere il privilegio nella lettera pura della legge (1); ma la dichiarazion della norma dev' essere condotta in modo, che non s'affermi privilegio dove la *volontà del legislatore certamente* non lo consenta.

Qui, difatti, è la considerazion del credito, della sua qualità, che domina; ma nell'*ipoteca tacita* la legge argomenta dalla presunta *volontà delle parti*, e sebbene presunzione legale non s' abbia dove la legge non l'affermi, nell'intendere la *ragion di presumere*, ch'è poi la ragion di volere presiedente al negozio cui l'ipoteca si connette, l'interprete ha maggior libertà: la sua facoltà d'indagare si muove entro limiti meno rigidi, meno tesi. Così, ad esempio, il con-

(1) V. il vol. I, p. 330 e segg. Certo, che questo principio debba governare in modo assoluto l'interpretazion della legge sui privilegi, è insegnamento generale: nè si può contraddirvi direttamente, perchè da un lato sta la considerazione che un istituto la cui esistenza dipende tutta dalla legge non si può reggere all' infuori dei termini che manifestamente la contengono: e poi è pur da osservare, che nel tema particolare del privilegio la regola di stretta interpretazione diventa più rigorosa, pensando che il favore addimostrato dalla legge a talune cause di credito è *odioso* alle altre, perchè rompe la uguaglianza tra i creditori concorrenti. Osservazioni esatte; ma quando si consideri che il *favore* dev' essere conceduto come la legge *volle*, e che il pericolo di esagerarlo a danno dei creditori concorrenti può e dev'essere eliminato dall' interpretazione rigorosamente condotta: e quando pur s'avverta che il voler del legislatore non si rende *manifesto* per via della sola lettera e della sola dichiarazione letterale, si scorgerà nettamente che quelle due obbiezioni traggono dai criteri esatti che contengono, una risoluzione che addirittura n'esagera. La conseguenza cui si giungerebbe accogliendola è, che se pel pericolo di andar oltre si conserva il voler del legislatore nella sola lettera adoperata, si può ristringere il beneficio in termini più angusti di quelli che s' intese di porre; altro da ciò è poi escludere l'interpretazione per analogia.

Digitized by Google

cetto esposto intorno alla causa dell'ipoteca legale consentita al venditore, è tale che si può ben avvertirlo, e con egual forza, in tutti i casi dove s'abbia *alienazione a titolo oneroso;* perciò alla figura del venditore la legge aggiunge l'altra più lata dell'*alienante* (1), e l'interprete può fare inerir l'ipoteca a qualunque negozio abbia l'*alienazione* come fine, e non come elemento necessario di altro rapporto proprio, determinato, che s'intenda di costituire.

102. La teoria esposta intorno alle *cose* idonee a ricevere il vincolo ipotecario, ed al principio della *specialità* sì del credito garantito come della cosa onerata (2), conserva pur qui tutto il valor suo: conseguenza ancor questa del carattere asserito all'ipoteca *volontaria tacita.* Perciò, le dottrine accolte sull' ipotecabilità della servitù (3), e di cosa comune (4), nonchè sull'estension della garanzia reale a quanto abbia acceduto alla cosa onerata dopo la creazion del vincolo (5), dànno modo di risolvere, senza nuove difficoltà, varie questioni che a tal ipoteca si riferiscono: della quale, due sono le specie particolari determinate dalla legge: ipoteca concessa al *venditore* od altro *alienante,* ed ipoteca concessa ai *coeredi, soci od altri condividenti* (6).

§ 1.

L'ipoteca legale dell' alienante.

SOMMARIO. — **103.** La prelazione conceduta all'alienante; ragion sua, ed estensione vera del termine adoperato dalla legge. — **104.** Applicazioni. — **105.** Dazione in pagamento. — **106.** Permuta. — **107.** Donazione a titolo oneroso. — **108.** Vendita con patto di riscatto. — **109.** Il concetto di alienazione suppone tuttavia che l'oggetto sia cosa ipotecabile. Costituzione di servitù. *Quid* dell'acquisto di comunione del muro divisorio. Costituzione di altro diritto reale. — **110-111.** Estensione dell'*oggetto* sul quale cade quest'ipoteca. — **112-115.** Estensione del credito garantito.

103. Non dai termini essenziali o naturali che la legge impone all'esistenza o compiutezza del negozio di alienazione, sibbene dalla

(1) C. civ., a. 1969, 1°.
(2) V. il cap. I.
(3) V. i nn. 68-75.
(4) V. i nn. 79-80.
(5) V. i nn. 60 e segg.
(6) C. civ., a. 1969; C. civ. fr., a. 2121; C. civ. del Basso Canadà, a. 2014; Cod. civ. del Mess., a. 2000; C. civ. del Giappone, a. 325, 328, 330, 340

Digitized by Google

volontà presunta delle parti che v' intervengono, nasce dunque l'ipoteca legale attribuita all'alienante: certo, il modo col quale l'ordinamento giuridico, nei suoi diversi momenti, intese e fissò il « *trapasso della proprietà* » dovette concorrere all'origine dell'istituto: ma nella presunta intenzione degli interessati si rinviene la ragion precipua di essere che questo ha, e che perciò può venir meno senza che il trapasso *avvenuto* se ne risenta, per via della *volontà* validamente sorta e dichiarata. Il fine della « *commutazione dei valori* » ch'è nei negozî di alienazione, indusse di già il concetto che trasferimento delle *cose* dedotte nel contratto non sia giuridicamente possibile, se *vicendevolmente* i contraenti non se ne sian fatta la consegna, intendendo di trasferirsene la proprietà; in ispecial modo nella vendita, ch' è la figura più netta dei contratti commutativi, se da principio, coincidendo il fine economico col giuridico (1), l'esistenza del negozio esigette la consegna vicendevole, immediata, della *cosa* e del *prezzo* (onde il carattere di *realità* del contratto), quando più tardi vi dominò la figura della consensualità, si mantenne tuttavia il concetto che all'*acquisto della proprietà* fosse pur necessario il pagamento del prezzo (2). Per ordinario s'intende, ben potendo il venditore consentire una dilazione a ciò: e pure, tanto era fisso il concetto della *commutazione effettiva* come ragion del negozio, che a sicurezza del-

(1) Su questa concezione del diritto primitivo v. il vol. I, p. 518, n. 2: e v. pure CHIRONI, *Colpa contratt.* (2ª ed.) pag. 560 e segg. E a ragione s'è or detto « *del diritto primitivo* », perch'esso apparisce nel diritto egiziano, nel greco, nel romano e nel germanico; il fatto economico della « *commutazione* » di cose, di valori, vi è espresso giuridicamente con la forma dello scambio, vero o fittizio, e che incisivamente è reso nel *zug um zug* dell' antico diritto tedesco. Nel diritto romano con la perfezione che vi attinse l'analisi del fenomeno giuridico, l'elemento materiale scomparve dal concetto del negozio commutativo, alla cui esistenza, qual vincolo, si tenne bastevole l'elemento del « *volere* »; ma lo scopo economico, dovendo il diritto servire per la vita, non pel gusto d'inutili astrazioni, determinò la sua virtù nell'*acquisto* dipendente dal negozio costituito. Onde la necessità del pagamento del prezzo per l'esistenza del trasferimento (§ 1 *J. de empt. vend.*, III, 24); e quando nel diritto odierno s'affermò la « *consensualità* » come ragion sufficiente dell'acquisto, al bisogno di coordinare il fine economico al giuridico si provvide concedendo all'alienante non la ritenzione del dominio, ma la ritenzion sulla cosa alienata del valore corrispondente al credito derivante a lui dalla vendita stipulata. Su questi punti, cons. VOIGT, *d. Jus natur.*, cit., IV, p. 519 e segg.; BECKMANN, *D. Kauf* (Erl. 1876-84) I, p. 18 e segg. e il vol. I di questo lavoro, l. cit.

(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

l'alienante si provvedette col dargli la facoltà di pattuire la « *ritenzion del dominio* », pel caso che il pagamento del prezzo non avvenisse nei termini ordinati dal contratto.

Il diritto odierno ha coordinato in altro modo la finalità economica e la giuridica del negozio di alienazione: il trasferimento della proprietà avviene pel fatto del consenso, indipendentemente da special tradizione, coincidendo nel solo medesimo momento la virtù del consenso come ragion del *contratto,* e la virtù del consenso qual *modo* di trasferimento (1); nè importa che il prezzo sia pagato subito, oppure che il venditore abbia conceduto una dilazione all'acquirente. Ma, se così è raggiunto il *fine giuridico* del negozio, perchè all'*obbligazione* di « *trasferire* » corrisponde l'altra di « *pagare il prezzo* », non lo è il fine *economico,* esigente l'*effettualità* di queste obbligazioni rispettive: quindi, rispetto alla vendita di cose immobili la garanzia dell'« *ipoteca legale* », che non è *ritenzion del dominio* già trasferito, bensì *ritenzione del valor della cosa* per la parte corrispondente al prezzo dovuto. S'intende cioè la *volontà* dell'acquirente, come se abbia consentito a toglier la cosa dal suo patrimonio, *purchè* vi entri in cambio il valore pattuito a tal fine; perciò la vendita sta, ma colla ritenzion di questo *valore,* ch'è il contenuto del rapporto di garanzia reale. Ed alla stessa guisa che nella *vendita,* ciò avviene, per l'eguale determinazion della volontà, nei *contratti a titolo oneroso,* in cui il trasferimento della proprietà induca l'obbligazion corrispondente di *dare* un *determinato valore.*

104. Dal che si dovrebbe inferire, che nel caso la controprestazione consista non in *valore,* ma in altra *cosa* immobile o mobile, oppure nel *fatto,* o *non fatto* della persona, il trasmittente la proprietà di cosa immobile (o mobile idonea a sopportare l'onere ipotecario) non ritien su questa il *valore* ch'è oggetto dell'ipoteca legale: all'obbligazione di trasferire sta qui contro un'altra obbligazione di trasferire, oppur di fare, non un valore determinato,

(1) V. la n. precedente, Altrimenti da quel che s'è detto avviene negli ordinamenti del diritto germanico odierno sul trasferimento della proprietà fondiaria: il libro fondiario determina per sè, con l'iscrizione che v'è fatta, l'acquisto: e il diritto di credito dell'alienante riman soltanto come rapporto personale. Purchè, s'intende, le parti non provvedano coi fatti a garantirlo realmente.

Digitized by Google

certo, e non importa che l'inadempimento oppur l'adempimento difettoso diano nascita all'obbligo di prestare l'interesse, perchè il valore contenuto nell'indennità non è l'*oggetto diretto, immediato*, della controprestazione relativa al trasferimento. Nel patrimonio dell'alienante, qual corrispettivo del passaggio della cosa nel patrimonio altrui, è entrata la proprietà, o il diritto ad aver la proprietà di altra cosa determinata, oppure un *fatto* determinato della persona: il credito del risarcimento deriva da un termine nuovo, ch'è l'inadempimento colposo dell'obbligazione: e riman poi all'alienante il rimedio generale della risoluzione, che gli consente di riavere la *cosa* ch'egli dette in vista del corrispettivo stipulato, e poi mancato.

E questa è dottrina che ha molti sostenitori (1): contro di essa, e quindi per l'estension dell'ipoteca *ad ogni specie di alienazione a titolo oneroso*, stanno anzitutto la ragion della legge, che non permette di distinguere a seconda della *qualità* del corrispettivo, e la natura stessa dell'*indennizzo*, per cui non sorge nuova obbligazion tra le parti, sibbene un altro modo di esplicarsi del rapporto originario (2). Quindi, come posteriormente alla nascita di quest'ultimo, ed in esecuzione di esso, la *valutazione del pregiudizio* fissa la misura dell'indennità, ma il *diritto* a conseguirla esiste per effetto della costituzion del rapporto: così, nell'alienazione in cui il corrispettivo non consista (interamente od in parte) (3), in denaro, si può dar fin da principio a questo diritto, già nato,

---

(1) Cons. Duranton, op. cit., XIX, 155; Aubry et Rau, op. cit., § 263; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 51 bis, V; Laurent, op. cit., XXX, 29; Zachariæ-Crome, *Handb. d. französisch. Civilrechts* (Freib. 1894), II, § 253 (268); Pont, op. cit., I, 197; Thézard, op. cit., n. 276; Guillouard, op. cit., I, 387, II, 466, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. II, 577 e segg. App. Bordeaux, 6 apr. 1865 (*J. du P.*, 1865, 1259). Cfr. Bianchi, op. cit. I, n. 53, t. e n. 2, e n. 54.

(2) Il debito dell'indennità non è trasformazion del rapporto, bensì mutazione qualitativa di esso: cons. Chironi, *C. contratt.* (2ª ediz.), p. 99 e segg.; 589 e segg.; e gli Aut. ivi cit.

(3) Se nello scambio vi fosse rifatta in danaro, opinano altrimenti da quel che s'è detto, gli interpreti della legge francese cit. nella n. 1; all'infuori del Guillouard, op. e l. cit., che argomenta strettamente dall'entità particolare del negozio, e dalla norma limitante il potere dell'interprete nel dichiarare l'ordinamento legale dei privilegi. Ha un'opinione speciale Mourlon, *Examen critique* cit. I, 148 e segg., dedotta dalla quantità della rifatta: che ha perciò qualche relazione con la legge italiana, sul modo di considerare l'entità speciale della permuta in confronto alla vendita.

Digitized by Google

estimazion concreta, fissando il *valore che sarà dovuto all'alienante, pel caso che non sia adempita regolarmente l'obbligazion corrispondente al trasferimento seguito.*

La qual teoria, ben fondata sulle ragioni giuridiche ora esposte, non ha nella legge italiana ostacolo alcuno: questa non consente l'ipoteca legale al solo *venditore*, e pel solo *prezzo*, ma, argomentando giustamente dal fine economico-giuridico del rapporto, e dalla relazione esatta tra il concetto del « danno-interesse » e l'obbligazione cui l'inadempimento si riferisce, consente la sicurtà a qualuque *alienante*, e per garanzia di tutti gli obbliighi nascenti dal contratto (1). Ora, se la legge non ha ristretto la sicurtà alla vendita, l'interprete che poi limitasse con soverchio rigore il concetto ch'è nella voce « *alienazione* », contrasterebbe certo ai suoi intendimenti: il vocabolo lato di « *alienazione* » non venne adottato per significare soltanto alcune figure di contratto dove al trasferimento corrisponda un *prezzo* sotto forma speciale, come avvien della *rendita*, perchè anche le legislazioni che restringono la garanzia alla sola vendita sono interpretate senza contrasto nel senso che nell'ordinamento la rendita sia pur compresa (2): e perchè tale innovazione non sia tenuta come al tutto inutile, e siccome nella legge ogni parola abbia la sua ragion di essere, si può asserire che la legge italiana abbia adottato la voce *alienazione* nel suo largo significato di « negozio contenente trasferimento a titolo oneroso » (3). Così, la locuzione risponde pienamente alla ragion del provvedimento desunta dal supposto volere degli interessati; nè importa obbiettare che l'obbligazion diretta corrispondente a quella di trasferire non consiste nella dazione di denaro, e però nel contratto non è indicazion di somma, nè il conservatore può provvedere all'iscrizione dell'ipoteca secondo ne ha obbligo dalla legge: le parti interessate, conscie del loro diritto, debbono indicare nell'atto il valore cui vien ragguagliata l'*obbligazione di dare una cosa determinata, o di fare*, e in difetto di tale indicazione l'a-

---

(1) C. civ., a. 1969 cit.

(2) Perchè basta la stipulazion del prezzo. AUBRY et RAU, op. c., l. cit.; LAURENT, op. cit., XXX, 7; ZACHARIÆ CROME, op. e l. cit.; PONT, op. cit., I, 191; GUILLOUARD, op. cit., II, 480; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 590 e seg.

(3) « Il venditore od *altro alienante*... »; così la legge. C. civ., a. 1969, I.

Digitized by Google

lienante può designare al conservatore la somma per cui l'iscrizione dev'essere tolta. La legge, disciplinando l'ipoteca convenzionale (volontaria), dichiara che *se il credito non sia determinato* nell'atto creativo dell'ipoteca, si possa determinarlo nell'iscrizione(1), e questo provvedimento può ben essere esteso all' ipotesi or esaminata: pur qui l'ipoteca è *volontaria*, perchè la legge l'ordina *presumendo* sia ciò conforme all' intenzion delle parti: il *diritto d' ipoteca* esiste in virtù dell'atto di alienazione, e se l'ammontare del credito garantito non è indicato nell' atto, nulla impedisce che lo sia più tardi nelle note d'iscrizione.

Che poi la difficoltà non sia seria, è ben dimostrato da un'altra considerazione: l'ipoteca data all'alienante deve assicurare l'adempimento di *tutti* gli obblighi derivanti dal contratto, e quindi anche il *risarcimento dei danni:* così, la legge dichiara col suo provvedimento come non sia necessario che il *credito* garantito dall'ipoteca legale si debba concretare nell'atto in una somma fissa, determinata.

105. La costruzione or proposta, e le ragioni date a mostrarne la correttezza giuridica, concedono di risolvere facilmente le questioni sorte intorno l'estensione dell'ipoteca legale dell'*alienante.* S'è dubitato se nel caso di *dazione in pagamento*, all'obbligato che effettuandola rimanga creditore del residuo valor della cosa, spetti come *alienante* questa garanzia (2), e la dottrina, considerando che nella dazione vi è *vendita*, ritien che gli competa: certo, nella dazione vi è il *pagamento*, ma non si deve perciò considerarla nel suo fine di *estinzione* dell'obbligo cui si riferisce, bensì qual *mezzo*, qual *rapporto speciale* costituito a raggiungere tale scopo:

---

(1) C. civ., a. 1992 al. Della ragion di questa disposizione si dirà in seguito; basti qui avvertire, che la causa del credito può ben esistere al momento della creazione volontaria del rapporto ipotecario, senza che all' avere del creditore si possa in quell'istante fissare la quantità. Ma all' esistenza del diritto reale costituito per via dell' iscrizione, occorre una designazion del valore, chè altrimenti mancherebbe dell'oggetto suo proprio, adagiantesi sul valor della cosa: quindi la facoltà data al creditore, temperata dai correttivi che verran descritti a suo luogo.

(2) Cons. su questo punto Pacifici-Mazzoni, op. cit., I, 120; Duranton, op. cit., XIX, 155; Aubry et Rau, op. cit., § 263; Laurent, op. cit., XXX, 29; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 51 *bis*, V; Grenier, op. cit., II, 307; Troplong, op. cit., I, 215; Thèzard, op. cit., 276; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, op. cit., I, 576.

Digitized by Google

in questa figura speciale è *alienazione* (1), e quindi, bene a chi ad spetta pel rimanente valor della cosa l'ipoteca dell'alienante.

106. Maggior difficoltà s'ha nel caso di *permuta*, se uno dei permutanti sia obbligato a dare un conguaglio in denaro (minore del valor della cosa, chè altrimenti s'avrebbe *vendita* (2), e il dubbio non avrebbe più fondamento), oppure, se avendo patito evizione, o avendo pagato del suo per non essere spogliato della cosa (ch'è sempre evizione), a vece di chiedere la risoluzion del negozio preferisse di domandare il risarcimento. E la dottrina francese, deducendo dal concetto che l'ipoteca sia conceduta al solo *venditore*, e dove non sia *vendita* questa garanzia legale manchi, ha insegnato che nell'ipotesi di conguaglio dovuto, l'ipoteca spetti al permutante creditore, perchè il saldo è *prezzo*, servendo a completare il valor della cosa data in corrispettivo (3); venne osservato (4), che questa considerazione non potrebbe reggere nel caso che la somma fissata pel conguaglio fosse assai piccola, avendosi allora non un negozio misto di *vendita* o di *permuta*, bensì soltanto una permuta, ma si obbiettò che l'entità della somma dovuta pel saldo non influisce sulla ragion giuridica del debito. La costruzione così fatta, mal si adatterebbe alla legge italiana, che, regolando l'ipotesi di permuta in cui entri l'obbligo del conguaglio, ha definito quando s'abbia sola vendita oppure sola permuta, eliminando così la figura di un rapporto misto di vendita e di permuta (5); per il che si dovrebbe

(1) Sull'entità giuridica della « *dazione in pagamento* » v. l'eccellente monogr. di Polacco, *La daz. in pagamento* (Padova, 1885). Si può, è vero, dubitare qual fine prevalga tra quello del modificare (oggettivamente) la relazion d'obbligazione cui si riferisce, e l'altro ch'è la ragion propria del rapporto costituito a fin di procedere alla dazione; e la disputa s'è acuita assai da ultimo nella compilazione del progetto del Cod. civ. germanico (1ª lezione: *Motiv.*, cit., sui §§ 264, 265). Ma pare che entrambi i fini si debbano considerare nel senso, che nel rapporto s'ha un'alienazione (cfr. *Motiv.*, cit. sul § 265) volta a modificare il rapporto anteriormente costituito, e che quest'entità speciale concerne il negozio considerato qual mezzo di raggiungere tal fine. Quindi, se il debitore convenisse col creditore la cession di un immobile pel pagamento del suo debito, e il valor della cosa superasse il credito, spetta al cedente per la differenza l'ipoteca legale; *egli ha alienato*, sebbene a fin di modificare (oggettivamente) e di estinguere (con la prestazion del nuovo oggetto) l'obbligo anteriore. V. Bianchi, op. cit., I, n. 55.

(2) V. la n. preced.

(3) V. la n. 1 a pag. 202 e gli Aut. ivi cit.

(4) V. la n. 3 a pag 202 e gli Aut. ivi cit.

(5) V. la n. preced.

Digitized by Google

dire, se l'ipoteca fosse conceduta al solo *venditore,* che il permutante è *tale* soltanto nel caso che il valor della cosa datagli in cambio sia inferiore al valore del conguaglio, e quindi in questa sola ipotesi gli spetti l'ipoteca legale.

Ma secondo la teoria esposta, la legge italiana concede l'ipoteca a qualunque *alienante* a titolo oneroso; ciò posto, nulla importa che il permutante nel caso di conguaglio inferiore al valor della cosa non sia venditore, perchè egli, pur mantenendo la sua qualità giuridica di *permutante,* è tuttavia alienante: e come tale ha diritto alla garanzia che la legge dà, costituendo il *conguaglio* il supplemento del *valore intero* ch'è il corrispettivo del trasferimento voluto appunto in considerazion del valore così estimato.

E, deducendo sempre dai concetti esposti, si dovrà pure risolvere affermativamente la seconda questione intorno al credito del danno-interesse nascente da evizione; nè importa obbiettare che il permutante non è *venditore* ma soltanto un acquirente evitto, e che il suo credito non può essere garantito dall'ipoteca che al venditore è attribuita (1): egli, perchè permutante, è *alienante,* e il credito dei danni interessi per evizione nasce dal mancato adempimento dell' obbligo che all' altro permutante incombeva di *dar* la cosa. L'evizione è istituto connaturato ad ogni obbligazion di *dare* in corrispettivo d' un acquisto, perchè chi dà s' obbliga necessariamente a garantire che dà bene, che dà una cosa sua, in modo che il *dare* possa avvenire efficacemente secondo pensa l'altro stipulante in buona fede: l' obbligazion di rispondere nasce così dal contratto stesso di permuta, corrisponde al diritto del permutante di aver la cosa pattuita in cambio di quella ch'egli ha dato, e il *risarcimento* non dà vita a *nuovo rapporto* obbligatorio (2), ma è soltanto esplicazione di quello stesso ch' è stato costituito. Non par quindi dubbio, che al permutante evitto spetti l' ipoteca legale a tutela del suo credito.

107. Dell' entità giuridica della donazione a *titolo oneroso* s' è disputato assai, parendo che l' onere imposto al donatario abbia

(1) C. civ., a. 1969 cit.

(2) Su questo concetto costruiscono invece la teoria Aubry et Rau, op. cit., § 263; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 51bis; Pont, op. cit., I, 187; Thézard, op. cit., 276; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 579.

Digitized by Google

determinato direttamente la *volontà* del donante, quasi ch'egli abbia voluto donare soltanto in considerazion dell'onere (1): per il che si pensò che la *donatio cum onere* perda la natura ch'è propria alla donazione, mossa precipuamente dallo spirito di liberalità del donante (2). Ma la dottrina contraria ha prevalso, e giustamente, perchè la liberalità è ragion della volontà e quindi causa giuridica del negozio, che l'aggiunta di un peso imposto al donatario non può far mutare: questo elemento non snatura l'atto, e gli dà soltanto un modo speciale di essere, designato con la stessa locuzione di *donazione a titolo oneroso*, ben corrispondente al concetto che se il negozio è mosso da spirito di liberalità, la spinta al volere è limitata dall'onere imposto. E però, dire che il negozio riman « *donazione* » non vuol dire che non si debba tenere in conto alcuno la presenza dell'onere, contraddicendo ciò alla *volontà* come legge di donare: la liberalità è *mixta cum onere* (3), nel senso che l'imposizion del peso deve dar nascita a posizioni giuridiche che in conseguenza della semplice liberalità non sarebbero sôrte. La legge stessa accoglie questo criterio, nè poteva far altrimenti senza offendere la realtà delle cose: perciò, estende alla donazione a *titolo oneroso* la disposizione data rispetto ai contratti bilaterali sulla condizion risolutiva tacita in seguito all'inadempimento (4): e mentre di regola stabilisce che il donante non sia tenuto per l'evizione (5), presumendo che l'obbligazion di garantire inerente alla *volontà di dare* sia fatto impegnativo che ha causa nell'obbligo corrispondente di *avere*, giustamente ne eccettua la donazione a titolo oneroso, dove, nella *misura dell'onere*, questo impegno esiste.

---

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 581.

(2) Pont, op. cit., I, 188. Cons. sull'entità del negozio, Windscheid, op. cit., II, § 398; *D. Lehre d. Voraussetzung* (Düsseld., 1850) n. 68 e segg. V. C. civ. germ. § 525; e su q. Endemann, op. cit., § 164, II, 1, 3. Cons. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. des donat. entre vifs et du testam.* (Paris, 1896), I, 1555; e la notevole analisi di Ascoli, *Tratt. delle donazioni* (Firenze, 1898), § 23.

(3) Accolto il concetto che l'onere non sia il corrispettivo, e che sia non *causa* bensì *motivo* di donare, negano il privilegio, Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Troplong, op. cit., I, 2165; Thézard, op. cit., 277; ma cfr. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 51 *bis* VI. Se l'onere eguagliasse od eccedesse il valor dell'immobile, il donante avrebbe senza difficoltà condizion di alienante.

(4) C. civ., a. 1080.

(5) C. civ., a. 1077.

Digitized by Google

Non basterà quindi, a risolver la questione se l'ipoteca data all'alienante spetti a chi doni a titolo oneroso, di affermare senz'altro che la donazione così ordinata è pur sempre donazione: lo è, ma in quel modo di essere speciale che le deriva dall'aggiunta dell'imposizione dell'onere. Se la donazione è alienazione in genere (1), nella *misura corrispondente al peso*, è *alienazione a titolo oneroso*, perchè la considerazion dell'onere ha influito nel determinare la volontà di donare: e, se in questi termini il donante dev'essere considerato come alienante, non gli si può certo contestare il diritto all'ipoteca legale consistendo appunto nell'imposizion dell'onere il « *corrispettivo* » (2) voluto, ed aggiunto alla liberalità.

108. Le applicazioni fatte fin qui della costruzion proposta, dimostrano che quante volte il negozio abbia entità di *alienazione a titolo oneroso*, spetta all'alienante l'ipoteca legale, nè rileva distinguere la forma che l'alienazione ha, s'è seguita cioè per via di vendita a pubblici incanti, od a trattativa privata; basta dunque che l'alienazione s'abbia: e però, se cadesse dubbio intorno la pretesa dell'acquirente con patto di riscatto di garantirsi con l'ipoteca legale pei diritti suoi verso il venditore riscattante, al quale avesse consegnato la cosa senza aver il soddisfacimento degli obblighi inerenti al riscatto, non si può che rispondere negativamente. Il riscatto, secondo il concetto che informa la legge italiana, non è *nuova vendita*, è semplice risoluzion della vendita seguita; si può dubitare se l'acquirente creditore non abbia diritto a *riavere la cosa* consegnata a fin di esercitare su di essa il diritto di ritenzione che gli compete (3); si deve anche osservare che, secondo i casi e le stipulazioni delle parti interessate, dall'atto si potrà ben inferire la concessione all'acquirente del diritto d'ipoteca, che allora sarebbe *volontaria:* ma l'ipoteca legale descritta non può aver qui applicazione alcuna.

---

(1) S'intende che nel caso s'avesse una vendita effettiva costituita con la forma simulata della donazione, al donante che in realtà è venditore, spetta l'ipoteca per l'esecuzion dell'onere, ch'è vero corrispettivo: Cass. fr. 24 dic. 1887 (*J. de Sir.*, 1888, I, 412).

(2) Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 51 *bis*; Laurent, op. cit., XXX, 3; Pont, op. cit., I, 189; Thézard, op. cit., 278; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 580.

(3) V. il vol. I, p. 409, 410.

Digitized by Google

109. *Su quali cose* cada l'ipoteca conceduta all'alienante, e *per qual'estensione di essa*, è pure facil cosa intendere: chè quest'ipoteca non ha, rispetto all'entità del contenuto, particolarità veruna che la distingua, e però le norme esposte intorno le cose che hanno idoneità a ricevere il peso ipotecario, hanno qui intera applicazione (1). Cosicchè, le cose dedotte nel negozio di alienazione a titolo oneroso saranno oggetto dell'ipoteca attribuita all' alienante, quando siano idonee a sopportare ipoteca in genere; e dire, che le cose cui per pura ragion di pertinenza è dato il carattere d'immobili, e che le servitù reali costituite non son oggetto valido dell' ipoteca legale dell' alienante, è affermazione scevra di difficoltà: come pur avviene della specie, assai discussa, della comunion coatta del muro divisorio. Nella quale, s'è conteso al proprietario costretto a cedere la metà del muro divisorio il diritto all'ipoteca legale dell'alienante, pel motivo che l'istituto della comunion coatta è posto nell'ordinamento delle servitù (2), e queste non comportano ipoteca: sebbene siasi osservato che ciò non influisce sulla natura del rapporto, dove non è servitù bensì comproprietà (3), pur dubitandosi ancora della possibilità di concedere l'ipoteca che cadrebbe su cosa non suscettibile per sè di essere acquistata da chiunque, convenendo l'acquisto al solo proprietario frontista che ottenne la comunione.

Dottrina questa, che se par corretta nei risultati, non lo è egualmente nella costruzione. Nella comunion coatta (4) la comproprietà

---

(1) L'affermazione ch'è nel testo non vuol essere maggiormente chiarita: s'intende che l'ipoteca legale rappresenta nell'ordinamento ipotecario una delle « cause » onde il gravame reale trae origine, e perciò s'esplica soltanto se le « cose » cui si riferisce l'atto cui tal gravame è inerente, siano idonee a sopportarlo, secondo le regole generali governanti l'*oggetto* dell'ipoteca.

(2) C. civ. a. 556.

(3) Su questo concetto, v. Cass. Firenze, 3 marzo 1876. (*Giur. it.*, XXVIII, 1, 2, 573).

(4) S'argomenta, è vero, come occorre più specialmente in materia di servitù legale propria, dal *fatto* della necessità, inducente per sè un *titolo* a favor del vicino a cui è data facoltà di chiedere la concessione e l'imposizion della servitù; la ragion dell'acquisto, e quindi l'acquisto è già nella legge. Ma non s' avverte, che nella legge è soltanto la ragion del chiedere ed ottenere l'acquisto, e che l' effettualità di esso è soggetto ad un altro elemento, ch' è la fissazione ed il pagamento dell'indennità; accogliendo tal costruzione, s' intende la conseguenza dedotta nel testo rispetto all'ipoteca legale, che cioè se non v'è acquisto, e quindi trasmission di proprietà, il cedente non può aver l'ipoteca legale; l'avrebbe su cosa ch'è ancor sua, contro l'entità stessa dell'onere reale.

Digitized by Google

non par effettualmente trasmessa, se il prezzo non sia pagato: dove l'ordinamento legale della proprietà impone al titolare una diminuzion del diritto suo con la forma della comunione obbligatoria, o di servitù legale *propriamente detta*, s'ha un'*espropriazione* nell'interesse privato (diretto, perchè mediatamente v' entra pure il pubblico: onde la ragion del provvedimento): e se nell'espropriazione pel pubblico utile occorre, d'ordinario, il previo pagamento del prezzo, ciò vieppiù si richiede nell'ipotesi descritta, in cui nessuna disposizione è intervenuta a consentir dilazioni. Imposto perciò all'instante tal modo di pagamento (1), ben si deduce dall'entità dell'ordinamento legale che l'espropriazione non s'effettua finchè non sia eseguito.

Quindi, in materia di comunion coatta parrebbe inutile attribuire all'espropriato l'ipoteca legale dell'alienante, dal momento che mancando il pagamento del prezzo egli non ha perduto la proprietà del muro intero: e quando s'accogliesse la teoria che afferma l'esistenza della comunione indipendentemente dal previo pagamento del valore dovuto, come pur nel caso di *comunion volontaria* seguìta con dilazione al pagamento, non pare che il *fatto* or descritto dell'essere l'utilità del muro ristretta al solo frontista, debba indurre l'impossibilità giuridica di concedere all'alienante l'ipoteca legale *sulla metà venduta*. Che rileva questo *fatto*? Si deve invece indagare se la metà del muro ceduto in comunione sia oggetto idoneo d'ipoteca, e quando l'idoneità sia accertata, la considerazion dell'utilità ristretta al solo frontista si ridurrebbe ad un semplice accidente che non può turbare la regola giuridica (2); senonchè, questa ricerca mostra appunto che la *metà* del muro divisorio dedotto nella comunione non è *alienabile ai pubblici incanti*, perchè la cosa comune ipotecata dev'essere anzitutto determinata per via della divisione, se il creditore che ha ipoteca su di essa vuol esercitare il proprio diritto (3);

---

(1) C. civ., a. 556. V. pure a. 594, 603.

(2) Cons. Massé et Vergé s. Zach., op. cit., § 322; Laurent, op cit., VII, 521; Guillouard, op. cit., II, 474 e seg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 570 e seg.; Fremy-Ligneville et Perriquet, *Tr. de la Législ. d. bâtiments et constructions* (Paris, 1891), I, 554; Labbé in n. alla sent. della Cass. fr. 10 apr. 1889 in *J. de Sir.* 1889, I, 401, e Brésilion, in n. alla stessa sent. in Dall. *pér.* 1889, I, 231.

(3) C. civ., a. 2077: della qual disposizione verrà studiato il contenuto, descrivendo gli effetti dell'ipoteca costituita.

Digitized by Google

ora il muro divisorio non è *divisibile*, perchè, diviso, non potrebbe più servire all'uso cui è destinato (1).

110. Se le regole generali sull'ipoteca dichiarano su quali cose l'ipoteca legale dell'alienante possa consistere, l'entità di questo istituto determina poi qual sia la cosa che particolarmente n'è oggetto: è cioè la *stessa cosa ipotecabile* dedotta nel negozio di alienazione a titolo oneroso, supponendosi che l'alienante voglia ritenersi di essa la parte di valore che corrisponde all'obbligazion dell'acquirente, perch'è in considerazione di tale scambio di valori ch'egli ha consentito a cederla. L'estensione poi della *cosa* dedotta nel rapporto di garanzia, è ancor fissata dalle norme generali sull'ipoteca: se le parti interessate nulla abbiano disposto su questo punto (e in tal caso l'ipoteca avrebbe il carattere di *volontaria*), *tutta* la cosa deve garantire il credito dell'alienante, ancorchè l'acquirente al momento della stipulazion del negozio avesse eseguito il pagamento di parte del prezzo: e, salva pure l'efficacia del patto contrario, l'ipoteca comprende qualunque altra cosa sia unita in seguito per via di miglioramento, o di accessione, o d'immobilizzazion per destinazione (2), alla cosa venduta ed onerata. Con l'estendersi dell'oggetto s'estende pur l'ipoteca, nè su ciò influisce la ragion speciale che giustifica questa sicurtà conceduta all'alienante: l'origine sua non può modificare le regole generali riferentisi all'*oggetto* dell'ipoteca, ed agli effetti di essa rispetto alla cosa onerata.

Dell'estension materiale, s'intende; chè altro è dell'estensione giuridica. La disputa qui è sorta pel caso che la nuda proprietà sia distinta dal diritto di godimento (separato col rapporto speciale dell'usufrutto o dell'enfiteusi), e dopo avvenutane la vendita, vi si riuniscano quella servitù o quel diritto reale; e la decisione appar sicura: l'ipoteca legale concessa all'alienante della nuda proprietà, *non* può comprendere la *cosa* tutta qual'è in seguito alla confusione, perchè la *volontà* delle parti ha nettamente determinato l'*oggetto* dell'alienazione, e, in conseguenza, l'oggetto della sicurtà

(1) C. civ. a. 683. E appunto argomentando da questo concetto, la legge non accoglie la possibilità dell'*abbandono*, qual mezzo liberatorio dall'obbligazion di concorrere alla riparazione del muro comune, dividente edifizi che vi siano appoggiati. C. civ. a. 549.

(2) C. civ., a. 1966. V. il n. 60.

Digitized by Google

reale. Nel discutere intorno l'*oggetto* dell'ipoteca *volontaria*, s'è già osservato che, quando nell'atto non fosse considerata la possibilità dell'*estensione* della cosa, questa si debba mantenere rigorosamente nei termini in ch'è stata dedotta nel negozio creativo della garanzia: a differenza s'è aggiunto, di quanto avviene nell'ipoteca legale, dove non è volontà che limiti la cosa in modo da escludere dal rapporto quel che per *legge* l'estende; nella specie, quest'ipoteca legale è *volontaria tacita*, e quindi la restrizion descritta vieta che la sicurtà comprenda della cosa quei maggiori diritti che vi s'unirono per ragion di legge, e che separatamente da essa potrebbero avere esistenza distinta (1).

Or applicando tale ragion di decidere, chiaro è, che s'entrambi i titolari della nuda proprietà e del diritto di godimento alienassero separatamente i proprî diritti alla medesima persona, ognuno di essi avrebbe la sua ipoteca sulla *parte di valore* corrispondente all'oggetto alienato; e che se l'usufruttuario ricevesse in seguito il pagamento del prezzo, l'alienante della nuda proprietà terrebbe sempre la sua sicurtà limitata al diritto alienato (2). Altrimenti si dovrebbe decidere, se i due titolari vendessero nel medesimo atto e per un solo prezzo, perchè ognuno avrebbe, è vero, la sua ipoteca relativa a quella parte di valore cui può corrispondere l'oggetto a lui spettante, ed alienato: ma il modo col qual'è avvenuta la stipulazion del negozio (vendita cioè della proprietà, pel concorso dei due titolari nell'atto), afferma la volontà degl'interessati di avvantaggiar la sicurtà del nudo proprietario con l'estension della *cosa* da lui venduta, e seguita pel mezzo legale ch'è la consolidazione (3).

(1) V. il cap. I.

(2) Cons. Thézard, op. cit., 281; Guillouard, op. cit., II, 499; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 594.

(3) La decisione è fondata su due termini: il primo, ch'è l'intendimento delle parti, e quindi il contenuto dell'atto, che par vôlto alla trasmission del *diritto pieno* di proprietà, onde la necessità di fissare approssimativamente la porzion di valore che sul *prezzo unico* determinato si riferisce alla nuda proprietà ed all'usufrutto; il secondo è la preponderanza giuridica della proprietà rimpetto all'usufrutto, destinato perciò a riunirsi ad essa per via della consolidazione. Di qui la restrizion proposta: mentre per ordinario (v. gli Aut. cit. nella n. prec., e Cass. fr. 16 apr. 1856, in *J. de Sir.*, 1851, I, 650), si dà anche all'usufruttuario l'ipoteca sulla nuda proprietà, ossia sulla proprietà intera trasmessa all'acquirente.

La restrizione or descritta, è invece accolta (v. gli Aut. *cit.* e la sent. *cit.*), nel caso che la nuda proprietà e l'usufrutto siano alienati nel medesimo atto, ma con prezzi distinti.

Digitized by Google

111. I criteri or esposti dànno modo di risolvere la questione sulla vendita di *porzione ereditaria*, pel caso che a questa s' accresca in seguito altra parte rimasta vacante (1); questione che non ha più ragion di essere nel caso di alienazione del *diritto ereditario*, perchè la possibilità dell' estensione qui sarebbe già preveduta, e voluta.

112. Secondo il contenuto dell'ipoteca legale or descritta, la sicurtà si riferisce al *credito* ch'è relativo alle *obbligazioni* assuntesi dall'acquirente qual corrispettivo del *trasferimento* della cosa, e il *valore* patrimoniale ch'è in esso sarà pure il *valore* ch'è nel rapporto di garanzia. Quindi, se l'obbligo dell' acquirente consiste nel pagamento di un *prezzo* determinato, oppure di residuo del prezzo pagato già in parte al tempo del contratto, la sicurtà comprende il valore così fissato: e se invece consistesse nella prestazion di altra cosa o nell'adempimento di un fatto, o di un non fatto (come avvien per ordinario nelle donazioni *cum onere*), il valore patrimoniale cui si può ridurre quest'obbligo, è il valor dell' ipoteca che deve assicurare all' alienante il diritto d' ottenere il corrispettivo dell'alienazion voluta (2).

L' obbligo imposto così all' acquirente deve risultare dal documento constatante l'alienazione, o da un documento posteriore che vi si riferisca, come avvien della vendita in cui il prezzo debba essere determinato in seguito, o da un terzo, o mediante perizia o misurazione. Che se il documento determinasse l' entità del prezzo, o dell'obbligazione, ed in una contro-dichiarazione questa entità apparisse di maggior gravezza, l' eccedenza dell'obbligo non potrà essere garantita in verun caso dall'ipoteca legale: non rispetto ai terzi, pei quali la buona fede esige che l' estension del corrispettivo sia quella risultante dall'atto noto, e non da quello ch'è rimasto segreto tra le parti; non tra le parti stesse, perchè o la contro-dichiarazione risulta da scrittura autenticata (3), e per-

(1) V. il n. 61.

(2) Come avverrebbe, se alienata una parte di cosa comune, venissero imposti all'acquirente i pesi che già la gravavano a ragion della comunione. Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 363; Laurent, op. cit., XXX, 9; Troplong, op. cit., I, 369; Guillouard, op. cit., II, 484; Thézard, op. cit., 279.

(3) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Laurent, op. cit., XXX, 9; Troplong, op. cit., I, 218; Martou, op. cit., II, 550 e seg.; Thézard, op. cit., I. cit.; Guillouard, op. cit., II, 811; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 584.

Digitized by Google

dendo con ciò il suo carattere, è parte dell'atto, oppure risulta da scrittura, e quando questa fosse riconosciuta in seguito, potrebbe dar causa all'ipoteca volontaria o giudiziale, non alla legale. Ma al caso di valore determinabile con atto posteriore, non si può agguagliare l'altro di « supplemento di prezzo » consentito dall'acquirente all'alienante che avesse intentato o volesse intentare l'azion di rescissione a causa di lesione enorme: vero, che il rimedio stesso dimostra la non verità del prezzo fissato nel contratto, e quindi l'aggiunta fissata posteriormente non pare prezzo nuovo, ma « completamento » del prezzo non giustamente determinato da principio: ma in realtà, sebbene questo concetto appaia corretto dal punto di vista economico, giuridicamente non lo è, avendosi nella convenzione posteriore la *rinuncia costituita a titolo oneroso ad una ragion di annullamento contro un negozio esistente.* E nella pratica poi, sarà ben difficile che il venditore non si garantisca il pagamento della somma con l'ipoteca convenzionale.

113. Determinata che sia l'obbligazion dell'acquirente in corrispettivo del trasferimento che gli vien fatto, non importa se nel negozio sianvi patti che si riferiscano al *modo* del pagamento, purchè questi elementi accessorî in apparenza, non abbiano in realtà efficacia *novatrice* del rapporto: il che avverrebbe, se nato l'obbligo in virtù del negozio di alienazione, cessasse poi subito, per essersi trasfuso in altro che sarebbe il solo esistente: chiaro è in tal caso, che l'ipoteca non converrebbe più al credito *nuovo*, dovuto non all'*alienante* come tale, bensì al già alienante diventato creditore in conseguenza di altro rapporto, derivato sì dall'alienazione, ma non più alienazione. Così, può ben avvenire che fissato il prezzo di vendita, l'acquirente rilasci al venditore uno o più titoli cambiarî pel valore corrispondente, e sorgerebbe allora il dubbio se siasi inteso di novare l'obbligazione, trasmutandola in *cambiaria* da quel ch'era prima, e in modo che il debitore non paia più tale per aver acquistato, bensì per aver emesso il titolo cambiario: nel qual ragionamento è già indicata la ragion di decidere. Ch'è tutta nell'intendimento che le parti ebbero, perchè novazione senza volontà di novare non si dà, dovendosi rivolgere quest'animo degli interessati al doppio scopo di estinguere un rapporto obbligatorio per farne sorgere un altro: intenzione che non si deve presumere, quando non s'abbiano fatti in cui necessariamente si contenga.

Digitized by Google

E in conseguenza dell'indagine sulla volontà più probabile, nel caso or descritto si può asserire, che se il rilascio dei titoli cambiarî venne pattuito nello stesso atto determinativo del prezzo, non sia tal fatto da doversene indurre l'animo di novare, trattandosi piuttosto di modo d'adempimento dell'obbligazione, recante maggiori vantaggi al creditore alienante; sempre che, s'intende, a questo patto non accedano dichiarazioni che facciano invece presumere necessariamente la volontà di novare(1). Che se il rilascio dei titoli cambiarî avvenga posteriormente, converrà invece presumere tal volontà, quando non sia dichiarato in modo espresso che non s'ebbe intenzion di novare: o se, nonostante quest'animo, l'ipoteca sia stata mantenuta con la sola riserva, secondo il creditore ha diritto (2).

114. La stessa ragion di decidere, vale pel caso si pattuisca che il pagamento del prezzo s'effettui per via di rendita.

115. L'obbligazion garantita dall'ipoteca legale, comprende il *valore* (principale) ch'è in essa, e quanto necessariamente vi accede: purchè le parti interessate non abbiano manifestato la volontà contraria, *riducendo* così convenzionalmente l'estension legale della si-

---

(1) Bisognerebbe esaminare con troppa superficialità il fatto, per indurne senza più, che s'ha novazione nel rilascio all'alienante di effetti di commercio pel valor dell'acquisto: a quella guisa che la delegazione non determina per sè la novazion del rapporto (C. civ., a. 1271), ben potendosi unire all'antico debitore il nuovo, senza che, contro la volontà del creditore e la ragion dell'obbligazione (ch'è vincolo personale-patrimoniale) quello rimanga perciò liberato, la stessa prestazione può anch'essere dovuta con altra forma di rapporto, senza che ciò determini la novazione (oggettiva) della forma anteriore. E come l'unirsi del nuovo debitore all'antico, aumenta la sicurtà del creditore, onde la non presunzione in lui della volontà di novare, così avvien pure nell'unione della nuova forma all'antica esprimente la ragion del credito.

Si potrebbe pur costruire, asserendo che la novazione, se vi è, è condizionata, dipendendo, giusta il mutamento della volontà, l'estinzione dell'antico rapporto dal soddisfacimento del nuovo: cosicchè, anche se rispetto all'antica forma di debito fosse data quitanza, questa non varrebbe liberazione assoluta, bensì condizionata, nel senso or descritto. Cons. Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Laurent, op. cit., XXX, 8; Troplong, op. cit., I, 199; Martou, op. cit., II, 470; Thézard, op. cit., 279; Baudry-Lacantinerie, et De Loynes, op. cit., I, 591. Ma, par più corretto argomentare, di regola, la decisione dall'*animus novandi;* e accogliere il ragionamento riferito, pel caso di quitanza fatta dall'alienante in seguito al rilascio degli effetti commerciali.

(2) C. civ., a. 1274.

Digitized by Google

curtà (1). E però, ch'essa comprenda gli interessi, salve le regole sull'efficacia conservatrice dell'iscrizione (2), s'intende di leggieri, come neppur fa difficoltà che le spese dell'atto poste a carico dell'acquirente, siano state antecipate, volontariamente o per via coatta (3), dall'alienante (4): esse non entrano nel prezzo, è vero, ma son sempre un'obbligazione che l'acquirente avea in conseguenza dell'acquisto, e che l'alienante non era tenuto a sopportare (5).

La questione potrebbe sorgere, in modo apparentemente grave, pei danni-interessi, dubitandosi da molti (6), se a questo credito s'estenda la sicurtà dell'ipoteca legale: i danni-interessi, s' afferma, non sono prezzo o parte del prezzo, son cosa interamente diversa, al di fuori del corrispettivo fissato, sebbene sian dovuti per non esserne avvenuto il *pagamento*. La qual difficoltà è stata esaminata indagando il diritto del permutante a tal sicurtà (7); e il ragionamento tenuto, dà modo di risolvere la questione or proposta in termini più ampî: l' obbligo di risarcire il pregiudizio derivato dall'inadempimento, ***è la stessa obbligazione contenente il corrispettivo*** (8): perchè mutato l'oggetto, non è mutata la ragion del rapporto,

(1) Degli oneri, che pur non facendo parte del prezzo, son dedotti nell'atto come elementi del « *corrispettivo* » totale fissato, e non qual *motivo* che induca a consentire l'alienazione, s'è già detto; l'ipoteca legale li garantisce, anche se fossero fissati a vantaggio di un terzo (cons. Troplong, op. cit., I, 369; Martou, op. cit., II, 549); nel qual caso convien costruire facendo intervenire il concetto della cession del corrispettivo riferentesi all'onere.

(2) C. civ., a. 2010.

(3) L. del registro, t. un., 20 meggio 1897, a. 86 e segg.

(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit.. § 263; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 51*bis*, IV; Crome-Zachariæ, op. cit., § cit.; Troplong, op. cit., I, 220; Pont, op. cit., I, 194; Guillouard, op. cit., II, 485; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 587. E senza difficoltà s'intende, che anche gli interessi del credito derivati dall'antecipazion di tali spese son garantiti dall'ipoteca. App. Lione, 23 marzo 1865 (*J. de Sir.*, 1866, 2, 92).

(5) Contro la decisione accolta nel testo, argomentano dal concetto che l'antecipazione dipende da altro negozio, Duranton, op. cit., XIX, 162, Laurent, op. cit., XXX, II, seg., Martou, op. cit. II, 554; onde mal vi si potrebbe estendere l'ipoteca conceduta pel *credito* dipendente dall'alienazione. Ma par meglio costruire deducendo dall' « *alienazione* » e dagli obblighi tutti *derivanti da questo atto*, come la dizion dalla legge italiana in particolar modo consente.

(6) Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Laurent, op. cit., XXX, 14; Troplong, op. cit. I, 221; Pont, op. cit., I, 193; Martou, op. cit. II, 555; Guillouard, op. cit., II, 486; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 588.

(7) V. q. § in pr.

(8) Chironi, *Colpa contr.* (op. cit.), cap. I. Cons. Mourlon, op. cit. n. 162.

Digitized by Google

nè la figura sua, e s'ha soltanto un altro modo di essere dell'obbligazione originaria. Quindi, vero che i danni-interessi non sono il prezzo, ma vero altresì che son la stessa obbligazione inducente il pagamento del prezzo: e se la garanzia dell'ipoteca legale si riferisce all'*obbligazione* che l'acquirente ha in corrispondenza a quella ch'è imposta all'alienante, certo si deve estendere anche ai danni-interessi, rappresentanti l'oggetto della stessa *obbligazione* com'è in seguito al fatto del non pagamento dell'oggetto originario (1).

§ 2.

L'ipoteca legale dei condividenti.

SOMMARIO. — **116-117**. Ragione di essere di quest'ipoteca, e analogia che ha con quella ond'è giustificata l'ipoteca dell'alienante. — **118-120**. Per quali atti ed a chi è conceduta. — **121-123**. Su quali cose essa è imposta. — **124-125**. Quali crediti garantisce.

116. Ai compartecipanti a cosa comune (immobile, o diritto immobiliare suscettibile d'ipoteca) spetta il diritto ad una parte ideale, intellettuale dell'oggetto, ch'esprime astrattamente la quantità di ciò ch'effettivamente ogni titolare avrebbe della cosa se questa fosse divisa: non vi si contiene dunque una parte del *valor* della cosa, ma vi è *rappresentato* ciò che ad ogni compartecipante si riferisce del rapporto reale, intero, che investe tutto l'oggetto indiviso. Il qual valore rappresentativo ch'è nella quota, indica la misura, la estension che ad ogni *parte effettiva* dev'essere data quando la divisione avverrà, e questo atto, ponendo termine allo stato di compartecipanza, muta la quota in porzione, il segno rappresentativo della quantità, nella quantità reale della cosa: cosicchè, fino a quando la divisione non porrà termine allo stato di comunione, l'entità giuridica delle quote spettanti agli interessati sulla cosa comune, è *eguale*, *identica*, in ognuna, nè importa la maggior estensione che una od alcune possono avere rispetto alle altre. Ed eguale essendo il contenuto delle singole quote, pel rapporto identico che vi è sulla

(1) E la decisione sta pei danni derivanti dall'inesecuzione di qualunque obbligo che dall'alienazion derivi, e il cui credito sia garantito dall'ipoteca legale.

Digitized by Google

cosa, uguale è il diritto di ognuno dei compartecipanti a che per via della divisione s'abbia *effettivamente* di essa la quantità che nella quota è rappresentata astrattamente: questo è il concetto dell'*eguaglianza* che il diritto comune asseriva esser l'*anima delle divisioni* (1), e al quale si connettono, come a lor causa diretta, le varie cautele che la legge coordina nell'istituto della divisione (2).

Per cui avviene, che il diritto di ognuno dei compartecipanti, diffuso dapprima su ogni particella della cosa comune, si compone determinandosi su di una *parte speciale* di questa: nè a tal risultato conduce alcun concetto giuridico di traslazione di dominio (3), consistente nello scambio vicendevole delle particelle ch'entrano a comporre le singole porzioni (4): il diritto adunque, che fino alla divisione è limitato, certo, nella sua estensione, ma fluttuante rispetto all'oggetto suo speciale, sebben sia *certo* che questo *è* in una cosa determinata, si consolida per effetto di tal atto in una data parte della cosa. Il che dimostra come la division di cosa comune abbia carattere di atto non traslativo, bensì dichiarativo di diritto.

Cosicchè, se *eguale* è l'interesse giuridico di ognuno dei condividenti a che la divisione dichiari effettivamente la *parte* della cosa comune indicata prima soltanto in modo astratto, e come

---

(1) Chironi, *Quest. di dir.*, cit., p. 350.

(2) C. civ., a. 1034 e segg.

(3) Non è qui luogo opportuno a discutere questo punto, attorno al quale è costruito il concetto or dominante, e ch'è accolto dalla legge, del carattere « dichiarativo » della divisione; ma certo, scrutando tutto il congegno dell'istituto, non si può negare che tal figura determinante l'entità dell'atto, non sia il risultato finale di un processo formato dai reciproci scambi dei condividenti. Perchè non è dubbio che lo stato di comunione dia luogo alla ragion indipendente di ogni parte speciale, così, supponendo la reciprocità degli scambi occorrenti a tal risultato, si può dire che questo processo è una serie di momenti evolutivi, che in diritto, come avvien di molti fenomeni della vita organica, non appaiono, o sono indifferenti di fronte al risultato cui si mira; e non altro è il concetto affermato nel testo. La conciliazione dunque tra la costruzione antica e la nuova, si riduce a questo: che attribuendo alla divisione il carattere di atto traslativo, si avverte più di quanto sia consentito dallo scopo suo, al *modo naturale* con cui ne segue la formazione; si dà cioè importanza al processo formativo, che invece deve scomparire dinanzi al risultato ch'è la ragion di essere dell'atto.

(4) Ma ciò non può togliere che comunion vi sia, e se la divisione ha per effetto di pòrvi termine, lo *scambio reciproco* entra di necessità a comporla: soltanto si deve avvertire ch'esso è nello sviluppo, non nel *risultato* per cui l'atto si determina. Il quale è cioè *dichiarativo*, per effetto delle traslazioni reciproche avvenute.

Digitized by Google

parte determinata entri nel suo patrimonio in sostituzione della *quota ideale di comunione* che vi esisteva, si può ben supporre, che ogni condividente, attendendo tal risultato dalla divisione, acconsenta a parteciparvi o si rassegni a che sia fatta, soltanto nella certezza che questo effetto non verrà meno. Egli deve credere che la divisione sarà dichiarazione, non diminuzione del suo diritto sulla cosa comune: perciò la legge, presumendo tal intendimento in ognuno degli interessati, qualunque sia la forma della divisione (sebbene in tal presunzione, specialmente nella division giudiziale, l'altro concetto della *cautela* possa pur aderire all' *eguaglianza* del diritto dei varî compartecipanti), concede l' ipoteca legale che assicura questo diritto, questa legittima attesa. Può infatti avvenire, che la *cosa comune* non sia divisibile, o comodamente divisibile, e allora non la cosa per sè, sibbene il suo *valore* dovrà essere oggetto della divisione, e la stessa riduzione in valore della cosa è atto di divisione, quando uno dei compartecipanti l'acquisti: in tal caso il condividente ha diritto ad una *parte* del valore, ma la presunzione di volontà, e la cautela legale or descritta, convengono nel fargli ritenere della cosa *già comune* la parte del *valore* corrispondente al suo credito, per via dell'ipoteca legale; può anche darsi, che della cosa comune egli abbia soltanto una parte non rispondente alla sua quota ideale, e che il residuo occorrente a completare la sua porzione sia fissato in valore, o posto a debito di uno o di alcuni o degli altri compartecipanti, e in tal caso l'ipoteca legale sulla *cosa* assicurerà questo suo credito. Ancor può occorrere il pericolo dell' evizione, e di ciò si dirà in seguito: e sta sempre il concetto, che la divisione deve *dichiarare* la parte effettiva che della cosa spetta ad ogni compartecipante, il quale dall'*ipoteca* ha ha sicurtà di ottenere questo risultato dell'atto.

117. La ragion dell'ipoteca legale (volontaria tacita) or descritta, mostra quali attinenze l'avvicinino all'ipoteca data all'alienante, e per quali differenze ne sia ben distinta: anch'essa muove principalmente dalla presunta volontà degli interessati rispetto all'annuire a che la *quota ideale* si concentri in una porzione reale, effettiva della cosa, o del valore destinato a rappresentarla: ma la presunzione si trae dal concetto dell'*egugaglianza* del diritto dei compartecipanti, non dalla correlatività tra l' obbligazion di trasferire e quella di ottenere il corrispettivo, qual'apparisce nell'alienazione. L'atto di divi-

Digitized by Google

sione non trasferisce i diritti, li dichiara; e quando vi accede un *trasferimento* vero e proprio, il suo carattere speciale vien meno, per affermare quello ch' emana dall'entità del negozio (1).

Anche per quest' ipoteca è necessario soggiungere, che la sua origine non determina regole diverse da quelle ricevute per l'ipoteca in genere, rispetto alle *cose* su cui può gravare: norme speciali dichiarano a quali cose s'estenda, e di ciò in seguito: ma le cose su cui *può* consistere son designate dai principî generali, e si ristringono perciò alle cose immobili, o diritti reali immobiliari ipotecabili, ed a quelle cose mobili che eccezionalmente sono idonee a ricevere il vincolo ipotecario (2).

118. L'ipoteca è consentita per ragion della divisione di cosa comune, e perchè identico è il carattere di quest'atto, *qualunque sia la causa* onde lo stato di comunione deriva, e identico, per effetto della comunione, è il concetto di *eguaglianza* che della divisione è l'anima, essa spetta ai *condividenti*, senza distinguere se la comunione derivi da *eredità*, o da contratto di società, o da altra causa speciale (3). E la legge francese, che, per incompiutezza di redazione (4), poteva prestarsi ad insegnare che la sicurtà (privilegio) concessa al condividente, vi è ristretta al solo caso di *comunione ereditaria*, venne giustamente intesa nel senso che la garanzia sia data per ragion della divisione, qualunque sia il fatto giuridico onde la comunione ebbe origine (5). Teoria correttis-

(1) E s' intende: la cosa dedotta nella divisione è *nuova*, è estranea allo stato precedente di comunione, e quindi mal potrebbe riferirvisi la ragion dell'ipoteca legale concessa ai condividenti.

(2) Aubry et Rau, op. cit., § 263; Crome s. Zachariæ, op. cit., § cit; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 55 *bis*, 1; Troplong, op. cit., I, 238; Thézard, op. cit., 285; Guillouard, op. cit., II, 499; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 604. S' è fatta quistione se l' ipoteca possa consistere su di un *vivaio* dedotto nella divisione: ed è facile osservare, che le piante che lo compongono sono immobili, finchè siano unite al terreno che le sostiene. App. Chambery, 17 agosto 1881 (*J. de Sir.* 1882, II, 111).

(3) C. civ., a. 1958, n. 2.

(4) C. civ. fr., a. 2103.

(5) Teoria condotta sul coordinamento dell'art. 2013 cit. con l'art. 2109. Così Aubry et Rau, op. e l. cit.; Crome s. Zachariæ, op. e l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit. IX, 55 *bis*, IV; Troplong, op. cit., I, 238; Pont, op. cit., I, 200; Thézard, op. cit., 285; Guillouard, op. cit. II, 499; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. I, 604, App. Tolosa, 20 maggio 1881 (*J. de Sir.*, 1883, 2, 81, e la n.).

Digitized by Google

sima, per cui lo spirito della legge, giustamente fissato, prevale sul dubbio tratto dalla regola vietante di estendere le cause di garanzia legale, oltre i termini letterali di cui il legislatore s'è valso.

E a quel modo che s'attende soltanto alla *divisione*, senza ricercare da che derivi la *comunione* cui essa pon termine, così non si discute, per dedurne se l'ipoteca spetti o no ai condividenti, la *forma* tenuta per effettuarla: qualunque sia, purchè il contenuto ed il carattere essenziale della *divisione* s'affermino nell'atto, l'ipoteca legale spetterà ai condividenti a sicurtà dei crediti che dalla divisione direttamente traggono origine. Ora, la dottrina ha posto come insegnamento costante, ch'è divisione ogni atto pel quale cessi rispetto *a tutti gli interessati* lo stato di comunione: cosicchè, sebbene il negozio per cui tal fine s'ottiene non sia divisione propria, non abbia fissazion di parti, pure lo scopo ugualmente raggiunto, ch'è di *por termine all'indivisione*, gli dà valor giuridico di *divisione:* e tale sarebbe difatti l'atto col quale uno dei compartecipanti cedesse all'*altro* il suo diritto sulla cosa comune, che cesserebbe perciò di essere indivisa (1), mentre non sarebbe più divisione se il cedente trasferisse ad uno solo, od anche a più *tra i varî compartecipanti* la quota che gli spetta, cessando così la comunione soltanto rispetto a lui, non a tutti (2). Nel primo caso,

(1) La risoluzione è tratta dal concetto che generalmente vien ascritto alla *divisione:* ch'è tale, qualunque sia la figura giuridica dell'atto per cui si manifesta, quando ne rimanga tolta la *comunione* esistente rimpetto alla cosa, od alla cosa cui si riferisce. Nella specie si avrebbe la *cessione*, come negozio direttamente voluto e fissato: ma, considerata la condizion delle parti che la costituiscono in relazione all'oggetto che vi è dedotto, si scorge facilmente la funzione sua di pôr fine allo stato di comunione ch'esisteva in precedenza tra di esse. Perciò l'atto val qui divisione, e riman così giustificato il privilegio del cedente; nè par giusto obbiettare, che nonostante questo effetto riferentesi alla comunione, si deve togliere soltanto in esame il fine proprio all'atto che si presenta con la figura giuridica determinata di *cessione;* tenuto conto dello *stato anteriore delle parti rimpetto alla cosa*, non si può disconoscere che la funzione or descritta (cessione *producente divisione)* entri nel *contenuto giuridico* dell'atto posto in essere. Cons. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions* (Paris, 1894) III, 4337 e seg.; Cass. fr. 18 nov. 1895 (*J. de Sir.* 1897, 1, 65; App. Grenoble, 17 apr. 1894 (*ib.* 1895, 2, 79). Badisi: non è che tal contenuto spetti alla *cessione* come tale, ma alla cessione in quanto pei rapporti anteriori nascenti tra le parti dal fatto giuridico della comunione, questi ne rimangono per necessità modificati; è considerando tal effetto e tal situazione degli interessati, che s'è fatta intervenire nell'entità dell'atto la funzion descritta.

(2) Arg. dalla n. preced.

Digitized by Google

sebbene il negozio abbia figura di cessione, il cedente non è alienante, e non ha l'ipoteca legale a questo consentita, perchè il fine attribuisce all'atto il carattere di *divisione*, e così al cedente spetta l'ipoteca legale del condividente: nel secondo è alienante, e quindi avrà l'ipoteca legale in tal qualità: e in quello, l'ipoteca cadrà su tutte le cose, reputandosi che alla parte materiale di essa sia stato sostituito l'equivalente della parte del valore, com'è determinato nella cessione: in quest'ultimo poi, il valore è effettivamente *prezzo dell'alienazione*, e quindi l'ipoteca cadrà soltanto sulla *quota* ceduta, e però sulla *parte* che il cessionario otterrà nella divisione. Tant'è, che se questa si effettuasse per via d'incanto tra coeredi, e al cessionario spettasse una *parte del valore*, il diritto ipotecario del cedente non s'estingue pel trasmutamento avvenuto nella cosa, e si può farlo valere sul prezzo dovuto: s'applica qui la norma generale posta nell'ordinamento ipotecario, che cioè il *mutamento economico* dell'oggetto (cosa trasformata in valore), non è mutamento giuridico, e quindi l'ipoteca non ne rimane alterata.

119. E pur divisione, per le considerazioni ora esposte, è l'*incanto* della cosa dividenda, cui si procedesse tra i *coeredi* quando o la divisione non fosse possibile, o non si potesse effettuarla commodamente (1): la licitazione è qui mezzo preparatorio della divisione, nel senso che questa s'effettua non soltanto sulla *cosa per sè*, ma anche sul *valore* che vi è stato sostituito: ossia l'incanto non produce interamente la surrogazione oggettiva del valore alla cosa, ma indica soltanto *in qual parte* la cosa entrerà per intero, e *determina* il *valore* che questo compartecipante deve agli altri, come *quota* ad essi spettante. Perciò, l'incanto tra coeredi è operazion della divisione, è divisione: rispetto al compartecipante deliberatario, la quota sua cade effettivamente nella cosa, mentre le quote che su di essa appartengono agli altri vengono fissate sul *valore* corrispondente, quasi *rifatte* che sian dovute da quella, ed il *credito* costituente la porzione assegnata, vien garantito dall'ipoteca legale data al condividente (2). Non così nella licitazione per

(1) C. civ., a. 988-1034.

(2) C. civ. a. 1034. Per la funzion già segnalata, che l'atto esercita sullo stato giuridico che nasce dalla *comunione* tra le parti, concorse a costiturlo, qualunque figura esso abbia val *divisione*. Cons. gli Aut. cit.; v. pure e confr. Wahl, in

Digitized by Google

cui un estraneo acquisti la cosa; qui il negozio è vendita; rispetto ai compartecipanti avvien con ciò la sostituzione *intera* del valore alla cosa già cadente in comunione (1), e, in qualità di venditori spetta ad essi l'ipoteca legale dell'alienante.

Ma è division vera per gli eredi tra cui ha luogo, e come tale indurrà l'ipoteca del condividente, quella che vien fatta dal genitore o dall'ascendente tra i figli o discendenti? Per ordinario si risponde ch'è divisione vera (2), e che il coerede a cui favore nasca dall'atto una ragion di credito avverso altro coerede, o gli altri coeredi, abbia diritto all'ipoteca legale del condividente; la qual decisione sarà agevolmente accolta da chi pensi che questo atto ha nella legge nome di «*divisione*» (3), e che produce, fatta eccezion per un caso (4), le stesse obbligazioni che dalla divisione nascono tra i condividenti (5). Pure, a questa facile costruzione ostano gravi considerazioni che fan dubitare assai della dottrina che ne risulta: la divisione or descritta è davvero sempre *divisione*, o non vi è pur espresso il potere *dispositivo* del genitore, o dell'ascendente che l'opera? È preceduta, a meno che non si voglia ricorrere ad una finzione, dallo stato di comunione tra i condivi-

---

J. de Sir., 1893, 2, 89, e GARSONNET in DALL., *pér.*, 1892, 2, 145, in n. alla sent. App. di Parigi 4 febbr. 1892 (*ib.*). Sul principio in generale, vedi App. Grenoble, 20 gennaio 1895 (*J. de Sir*, 1093, 2, 265), e 17 apr. 1894 (*ib.* 1895, 2, 79).; e Cass. fr. 7 giugno 1899 (*ib.*, 1899, 1, 457).

(1) Qui difatti, la divisione nulla *dichiara* rispetto al diritto dei compartecipanti sulla *cosa* ch'esce dal rapporto di comunione (in cui l'oggetto identico è dedotto di fronte a tutti gli interessati) per entrare nel patrimonio dell'acquirente, che, essendo estraneo a tal relazione, ha la sola qualità giuridica che gli deriva dall'atto di acquisto: ch'è dunque soltanto *alienazione*, e però ai compartecipanti spetterà sulle cose alienate l'ipoteca statuita a favor dell'alienante. S'argomenti dunque dai criteri esposti dianzi (v. la n. 1 a p. 221): la funzione speciale segnalata, per cui l'alienazione può valer divisione, manca al tutto, non potendosi dedurla dallo stato anteriore delle parti rispetto alla cosa; l'acquirente è qui estraneo alla comunione.

(2) Cons. AUBRY et RAU, op. cit, § 263; DEMOLOMBE, op. cit., XXIII (*Donat. et test.*, V, 134; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IV, 243bis, XIV; LAURENT, op. cit., XXX, 28, TROPLONG, op. cit., I, 315; MARTOU, op. cit., II, 576; PONT, op. cit., I, 206; GUILLOUARD, op. cit., II, 509; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., I, 606; App. Bordeaux, 26, seg., 1868 (*J. de Sir.*, 1869, 2, 101).

(3) C. civ., a. 1044.

(4) C. civ., a. 1048, in f.

(5) C. civ. a. cit.

Digitized by Google

denti, onde il concetto di eguaglianza ch'è lo spirito informante la divisione, e che direttamente dà vita all'istituto dell'ipoteca legale?

Che in questa forma di divisione s'affermi in modo preponderante il carattere di « atto di disposizione » e quindi di *trasferimento,* non parrà discutibile, quando si consideri la ragione storica sua, e l'ordinamento che dalla legge ebbe (1). Nella storia si presenta quale manifestazione di un potere, di una magistratura famigliare attribuita al genitore od all'ascendente, a fin di mantenere inalterata la pace tra i discendenti, salvandola dalle questioni che spesso accompagnano la division di cosa comune: si pensò, che il genitore può ben distribuire, secondo il diverso interesse e la varia convenienza di ognuno dei discendenti, i beni di cui dispone, si fece fidanza nella saggezza sua: ma in pari tempo, l'attribuzion di tal magistratura non indusse alcuna limitazione al poter suo di disporre. Ossia, nella divisione è contenuto questo potere, nel senso che nell'atto occorrono entrambe le figure descritte: e vi prevale il potere di disporre, perchè la divisione risulta dall'assegnamento di parti effettive composte secondo tal potere, in modo che la divisione è *disposizione secondo la partizione fissata.* Nè importa che tal potere appaia meno esteso, quando la divisione sia ordinata per atto tra vivi, competendo allora agli interessati l'azion per la lesione oltre il quarto (2), perchè con ciò esso vi sarebbe menomato, non tolto: difatti, in nessun modo, nell'ordinamento legale dell'istituto, vi ha cosa che ricordi il principio dell'*eguaglianza* tra i condividenti, ch'è pure l'anima della divisione ordinaria. Qui, non diritto dei discendenti a che le rispettive quote sian composte di parti proporzionali dei beni di varia natura: il genitore o l'ascendente formano le parti che assegnano nel modo che vogliono, perchè altrimenti « *la magistratura famigliare* » ch'esercitano ne avrebbe offesa ripugnante alla ragion sua di essere: e tolto, o ridotto in termini angustissimi il concetto di eguaglianza, non v'è modo di adattare a questa « divisione speciale » l'ipoteca legale data ai condividenti. Nè infine si deve esagerare il valor della lettera, nè questa deve precludere l'indagine della ragion che la determina: vero, che la locuzione accolta nell'ordinamento dell'ipoteca legale attribuisce la garanzia ai *coeredi,* e tali sono i

(1) Cons. la dotta mon. di Polacco, *Divis. degli ascendenti* (Padova, 1885), cap. I: v. pure Chironi, *Quest. di diritto* cit., pag. 346 e segg.

(2) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

discendenti interessati nella divisione or descritta: ma è pur certo che la sicurtá vi è riferita al concetto, al carattere dell'atto di divisione (1).

120. Senonchè, a differenza di quanto avviene nella divisione ordinaria, con questa teoria parrebbe mal garantita la condizion del coerede (2) che fosse creditore di altro coerede, per effetto del modo con ch' è formata la sua quota nella division dell'ascendente; nè la differenza par conforme ad equitá, dove si pensi che in questa specie di divisione il condividente, che necessariamente vi è estraneo, è maggiormente meritevole di sicurtà pel conseguimento della parte assegnatagli: e pare anche un po' dissonante dalla legge, che pure a tal divisione ha esteso l'istituto della *garanzia* ordinato per la divisione in genere, e, sebbene limitatamente, l'azion per la lesione oltre il quarto. Senonchè, queste considerazioni non tolgono che la divisione dell'ascendente non contenga il trasferimento diretto, immediato ad ognuno dei discendenti della *parte rispettiva* (non della *quota* che non esistette, non essendo esistita comunione) e che quindi, nonostante l'estension dei due istituti ora ricordati, l'atto non sia caratterizzato precipuamente dal potere di disposizione; nè il condividente che non ottenga il soddisfacimento del

(1) La dottrina opposta è per lo più fondata sulla lettera della legge, che all'atto dell'ascendente il qual disponga dei suoi beni fra i discendenti, assegnandone parte ad ognuno, *dividendoli*, dà nome di *divisione* (Cod. civ., I, 2, sez. VIII); ma non pare si debba inferire dalla sola denominazione il contenuto dell'atto, la ragion intima sua, quando gli elementi che lo compongono (e la cui entità si può valutare ricavandola dalle singole disposizioni dell'ordinamento legislativo) mostrano che la divisione è piuttosto nel *fine* dell'atto, sebbene il rimedio della lesione sia mantenuto pel caso di division fatta per via di donazione (C. civ., a. 1048 in f.). Perchè, quando non s'ammetta la *finzione* descritta nel testo (CHIRONI, *Questioni di dir.*, l. cit.), non si può dar all'atto l'elemento ch'è la sua caratteristica, la *cessazione* cioè *della comunione anteriore tra le parti interessate:* il processo, giuridico che va fino all'effetto *dichiarativo* della divisione, manca del suo punto di partenza, ch'è la comunione. S'ha dunque, nell'atto *non una divisione* propriamente detta, ma una *disposizione con assegnamento speciale di parti*, equiparata a divisione; ed il rimedio della lesione si può connettere alla costruzion così proposta, considerandolo come derivante da un *limite* che la legge nel caso particolare segna al poter di dividere per via di donazione, dal momento che volle dargli norme e funzioni di divisione. Per il che, non pare che alla garanzia dell'ipoteca gli interessati nella divisione or descritta abbiano diritto.

(2) V. la n. prec. in f.

Digitized by Google

conguaglio è privo di garanzia, perchè gli rimane un diritto ben più energico dell'ipotecario, quello cioè di chiedere la risoluzione della divisione. Alla quale, come s'è detto, inerisce l'atto di disposizione che l'informa tutta, come quella ch'è il primo momento della volontà giuridica; e perciò la divisione dell'ascendente per atto tra vivi ha forma di donazione, e per atto di ultima volontà ha forma di testamento: la volontà di disporre donando, o testando, ha preceduto quella di dividere, in cui poi si esplica, perchè la disposizione è voluta ed attuata in quei termini che son fissati dalla designazion delle parti. Quindi, il *donatario* o l'*erede* gravato dell'obbligo di rifare ad un altro donatario od erede una *data somma*, od una *certa cosa* a complemento della parte che gli è assegnata, è obbligato non per la divisione, ma per la disposizion ch'è in questa: e contro il donatario che non ottemperi alla legge di disposizione, il donatario ch'è creditore può agire come avrebbe potuto il suo autore, con l'azion di risoluzione per inadempimento di oneri: e similmente avviene rispetto all'erede, che non osservi la volontà manifestata dall'autore, perchè nell'assegnazion valida delle parti è di necessità compresa la clausola risolutiva, supponendosi che, per l'esercizio idoneo della sua magistratura domestica, il disponente abbia voluto *assolutamente* l'esecuzion della volontà, com'è ordinata rimpetto a tutti i discendenti che hanno diritto alla sua eredità.

A. E quando pur non si volesse accogliere la costruzione or proposta, par certo che al donatario o coerede, cui spetti la rifatta, non si possa contendere l'azione reale sui beni componenti la parte del donatario o del coerede, ch'è gravata di quest'onere: la *volontà* del disponente è infatti quella di attribuire i beni formanti la parte, *deducendone il valore residuale dalla rifatta ordinata*, e non pare che tale obbligo dia perciò nascita a rapporto puramente personale, sibbene ad un rapporto *reale*, che ha per oggetto *quel valore determinato che da una parte dev'essere tolto pel compimento di altra parte*. L'entità dell'istituto, e la volontà del disponente, come s'è svolta e manifestata in relazione ad essa, induce la certezza che alla prestazione si volle dare il carattere di *reale*, non di personale.

121. Le cose sulle quali cade l'ipoteca legale concessa al condividente, son *tutte* quelle che vennero dedotte nella divisione, in quanto siano idonee all'ipoteca in genere (immobili; diritti reali

Digitized by Google

immobiliari; cose mobili specialmente determinate): così la legge (1), e giustamente, perchè la presunzion di volontà dei compartecipanti rispetto alla divisione, e l'eguaglianza del diritto loro, son termini riferentisi a tutto il complesso delle cose venute in divisione, e non soltanto a quelle che sono entrate a comporre la parte dell'obbligato al rifacimento od al conguaglio. La divisione, designando quale tra i compartecipanti è l'obbligato, crea fra gli interessati un rapporto personale: ma quel concetto di eguaglianza tra i diritti dei condividenti abbraccia il complesso delle cose, si afferma su di esse, e tutte son perciò soggette alla garanzia, ch'è una specie di ritenzion del valore.

Che ciò avvenga pel *conguaglio,* non par dunque dubbio, e la dottrina e la giurisprudenza son pressochè concordi nell'affermarlo(2); e ben la legge italiana nel disciplinare questo istituto non ha detto che l'ipoteca deve *garantire* il conguaglio(3), perchè altrimenti si sarebbe potuto dubitare non vi sia conceduto la sicurtà per l'*obbligazion dei condividenti di garantire la prestazion del conguaglio,* suscitando così gravi difficoltà sui termini di questa *garanzia* (4). L'ipoteca non assicura una tale obbligazion di garantire, ma assicura, garantisce per sè, come rapporto reale, l'esazione del conguaglio dovuto (5).

122. La difficoltà diventa più grave quando si pensi agli altri rapporti che derivano direttamente dalla divisione, o che vi si connettono necessariamente: tale, è l'obbligazion di garantire la quota, che per

(1) C. civ. a. 1969, 2° *cit.* Cons. Duranton, op. cit., XIX, 186; Marcadé, op. cit. s. l'a. 885; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 55bis III; Aubry et Rau, op. cit., § 263; Guillouard, op. cit., II, 515 e seg. La costruzione fatta nel testo, e ch'è dedotta dalla ragion logica dell'istituto, esclude dunque che l'ipoteca si debba restringere alla sola porzione di chi è garante della rifatta o conguaglio; ma v. Pont, op. cit., I, 207; Thèzard, op. cit. 288; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 623.

(2) V. la n. preced.

(3) Di *garanzia* dice appunto la legge francese (C. civ. fr., a. 2103 cit.); e la locuzione può in qualche modo giustificare il dubbio ch'è stato or discusso (V. la n. 1).

(4) Altro è vedere se l'entità dell'onere non debba essere proporzionato al debito del conguaglio e della rifatta, secondo *esiste rispetto ad ognuno degli obbligati.* V. il testo in seg., e la n. seguente.

(5) Concetto giustificato dalla ragion dell'ipoteca legale del condividente: essa rappresenta la ritenzion del valore che gli spetta su tutta la massa dividenda, a completamento della sua porzione.

Digitized by Google

l'eguaglianza or descritta è vicendevolmente imposta ai varî compartecipanti(1): e che protegge contro l'evizione, come pel caso che il debito di un condividente verso la comunione (da qualunque causa derivi, o da debito verso l'autore comune, o da ingiusto godimento delle cose indivise) sia stato posto in tutto od in parte nel lotto di un condividente, oppur quando uno dei compartecipanti abbia pagato debiti ereditarî oltre la sua quota. In questi casi, l'ipoteca legale spetta al condividente creditore? e su quali cose? su quelle cioè dei singoli condividenti debitori, o del condividente unico debitore, oppure su tutte le cose dedotte nella divisione?

Nelle ipotesi or descritte, e riducentisi tutte all'obbligazion di *garantire*, s'insegna che l'ipoteca legale spetta sì al condividente, nella cui quota sia compreso il credito corrispondente a tale obbligo: ma siccome la sicurtà qui garantisce un credito determinato del condividente verso singoli condividenti, od alcuno di essi, la *personalità* del rapporto deve manifestare il suo effetto sull'ipoteca destinata a garantirlo, cosicchè, mentre dal *conguaglio* nasce l'ipoteca su *tutte* le cose (ipotecabili) dedotte nella divisione, l'obbligazion di garantire avrebbe portata più ristretta (2). La costruzione posa tutta sul concetto, che la legge determinando l'entità dell'obbligazione di garantire, le ha dato il carattere di peso imposto ai coeredi, in ragion delle rispettive quote ereditarie, e quindi la necessità di contenere la sicurtà nei termini del vincolo personale cui è connessa; l'*eguaglianza* tra i condividenti dà cioè causa a tal obbligo, ma questo si svolge unicamente qual rapporto personale, cosicchè l'ipoteca che lo garantisce, non può che cadere sui beni degli obbligati, e quindi *soltanto sui beni che ne compongono le rispettive quote*. L'obbligazion di garantire graverebbe dunque tutti

(1) C. civ., a. 1036.

(2) Su questa decisione convengono le opinioni di chi pensa che l'ipoteca pesi su tutti i beni della successione, e di chi ritiene che oneri soltanto i beni entrati nella porzion del condividente debitore del conguaglio. E s'argomenta dalla ragion della *garanzia* dovuta da ognuno tra i condividenti in proporzione della sua quota: obbligazion personale, ch'è assicurata dall'ipoteca sui beni componenti le singole porzioni, e, in qualità di rapporto accessorio, pel valore dovuto da ciascun condividente. La misura dell'obbligazione, e la natura della sicurtà ipotecarie, son dunque i termini della costruzione (V. gli Aut. cit. nella n. 1 a pag. preced.; ma cons. e cfr. Pont, op. e l. cit.); ma si dovrebbe ben badare alla ragion di essere speciale all'ipoteca descritta. V. in seg.

Digitized by Google

i condividenti, e l'ipoteca insisterebbe separatamente sui beni formanti la quota di ognuno di essi, in quella misura corrispondente al *valore* della garanzia ch'è da lui dovuta.

123. Costruzioni ben discutibili. Posto che l'obbligazion di garantire induca l' ipoteca legale, non s' intende perchè non debba cadere su tutt' i beni (ipotecabili) cadenti nella divisione: non si deve argomentar dal modo con cui s'imposta l'obbligo di garantire, ch'è dovuto dai condividenti in proporzione delle rispettive quote, sibbene dalla ragion di esso, ch'è l'eguaglianza, anima della divisione, e garanzia della sua sincerità. Se un credito, da qualunque causa derivi, *è posto nella parte di uno o più coeredi*, s'intende ch'è considerato qual *cosa cadente nella divisione*, e che se in effetto manca, se cioè non viene in realtà nella parte cui vien assegnato, il condividente, cui essa spetti, *non ha quanto ha diritto di avere per l'eguaglianza delle quote:* onde l'obbligo di garantire l'integrità della quota, ossia quest'eguaglianza che governa i rapporti dei compartecipanti. E se l'ipoteca è data a fin di assicurare tal diritto, se vien pure giustificata dalla presunta volontà degli interessati di assentire alla divisione purchè integra sia la *parte* in cui si concreta la *quota* rispondente allo stato di comunione, chiaro è che quante volte occorra l' obbligazion di garantire, l' ipoteca legale ond' è sorretta, grava su tutti i beni ipotecabili caduti in divisione; e per l'intero diritto il cui soddisfacimento occorre, affinchè l'eguaglianza or descritta sia mantenuta integra.

Nè la differenza tra questa e la costruzione insegnante cade sì l'ipoteca su tutt' i beni, ma salva la misura della sicurtà in rapporto all'obbligo personale di garantire, par leggera cosa; perchè, accogliendo la teoria or combattuta, l' ipoteca legale fatta consistere sui beni entrati in *ognuna delle parti*, ed in corrispondenza alla personalità dell'obbligo di garantire, dovrebbe estinguersi quando l'obbligato pagasse la sua parte di debito; e pur s'afferma che deve garantire anche la parte derivante da insolvibilità di un condividente (1): invece, con la teoria proposta l'ipoteca s'estingue quando *tutti* gli obbligati abbian soddisfatto il rispettivo debito, e così il creditore abbia ricevuto *col valor della cosa* la parte intera, effettiva, che gli è spettata nella divisione (2). A meno che non si dica

(1) V. gli Aut. cit. nella n. 1 a p. 227.
(2) V. le considerazioni esposte nella n. 2 a pag. preced.

Digitized by Google

che il *debito personale* comprende anche la garanzia *dovuta* soltanto sussidiariamente (1).

124. Dai concetti esposti sulla ragion determinante dell'ipoteca legale data ai condividenti, ben si scorge come a quel modo che'essa cade sulle cose (ipotecabili) venute in divisione, così debba garantire soltanto quei rapporti di credito che hanno nella divisione la loro origine diretta, necessaria: che si debbono considerare cioè come operazioni inerenti alla divisione, in quanto *esplicano* o *tutelano* il diritto, comune ai compartecipanti, dell'eguaglianza delle quote. E vi si comprendono: 1) il *conguaglio* dovuto ad uno o più condividenti pel completamento della parte assegnatagli, ch'è operazion della divisione, concorrendo esso di necessità a determinare la porzione cui si riferisce; 2) il prezzo d'incanto delle cose o di cosa cadenti nella divisione, perchè per via di esso avvien la sostituzione (oggettiva) del valore alla cosa licitata, e questa vien posta nella porzione di uno fra i condividenti, ritenendo gli altri con l'ipoteca la rispettiva parte di *valore* corrispondente alle quote cui hanno diritto; 3) l'obbligazion di garantirsi vicendevolmente le quote, imposta dalla legge ai singoli condividenti a fin di mantenere intatto il diritto di eguaglianza che ad essi spetta.

Intorno a queste cause dell'ipoteca legale la legge s'esprime attribuendo la garanzia «*pel pagamento dei rifacimenti e conguagli*»(2): dei conguagli si dice non esser dubbio in che consistano, e perchè l'ipoteca giustamente ne assicuri il soddisfacimento (3): dei rifacimenti si disputa assai, se non siano tutt'uno col «conguaglio», quasi che la legge abbia inteso d'insistere meglio nell'identico concetto, adoperando due termini valevoli ad esprimerlo con intera efficacia(4), come s'avverte in altra legislazione onde la patria ebbe origine (5):

---

(1) E si dia pur funzione di *sussidiaria* a questa garanzia, e vi si coordini il contenuto dell'ipoteca gravante i beni che compongono ogni singola porzione; certo, la costruzione proposta meglio risponde alla ragion giuridica dell'istituto.

(2) C. civ., a. 1969.

(3) C. civ., a. 915.

(4) Pochintesta, op. cit., I, 152; Bianchi, op. cit. I, p. 170.

(5) C. civ. fr., a. 2103; e v. su questa considerazione, Bianchi, op. cit., p. 149, n. 1, dove non s'avverte che la locuzione «*ou*» del testo francese è al tutto opposta alla particella «*e*» della legge civ. italiana. Anche il R. Editto ipotecario piemontese del 16 luglio 1822, a. 6, n. 3, diceva «rifatte *e* compensazioni»; e il Cod. civ. sardo, a. 2156, ne mantenne la disposizione.

Digitized by Google

per contrario poi s'è considerato, che l'identità del concetto manifestato in due termini, non consta per alcuna locuzione che li accomuni, chè anzi parrebbe esclusa dalla particella adoperata a disgiungerli (rifacimenti *e* conguagli). E questa dottrina meglio risponde alla legge (1), dovendosi presumere che non inutilmente il legislatore, in materia di così grave importanza, siasi valso di due vocaboli posti disgiuntivamente, per esprimere il medesimo concetto: il qual argomento letterale è poi avvalorato dall'osservare che al principio dell'*eguaglianza* (cui la divisione, per sè e nei rapporti che ne emanano, s'informa) si connette non soltanto il credito derivante dal pareggiamento delle quote fissate nell'atto di divisione, ma anche i crediti derivanti dalla licitazione tra i condividenti, e quelli che corrispondono all'obbligazion di garantire.

La difficoltà è sorta per essersi indicati i crediti della prima specie col nome di *conguaglio*, mentre la storia della legge (2) dimostra nettamente che s'adoperò a designarli la voce « *rifatta* » o « *rifacimento* », che ancor nel linguaggio comune dinota quanto s'aggiunge a fin di parificare il valor delle cose non agguagliabil in natura. Invece, alle due ultime specie di credito si dette nome di « *compensazioni* » (3), e poi (4) a fin d'impedire ogni scambio scorretto di termini tecnici, di « conguaglio »: cosicchè, se *conguaglio* in genere è voce comprendente ogni mezzo vôlto a mantener inviolata l'uguaglianza delle quote, nel significato speciale che qui ha indica soltanto quel che non dipende da accordo fissato tra le parti nell'atto di divisione.

---

(1) Cons. App. Trani 27 febbr. 1877 (*Legge*, XVII, 1, 605).

(2) La locuzione « *rifacimenti* e *conguagli* » della legge italiana, corrisponde, migliorandola assai, alla dizione « *rifatte e compensazioni* » del Cod. civ. sardo cit. nella n. 5 a p. pr. S'è detto (Bianchi, op. cit., p. 169, n. 2) che tal confronto non fa movere un passo alla questione: è vero, se lo si mantien ristretto alla lettera: ma quando si pensi che i commentatori del Cod. civ. sardo (Pastore, op. cit., sull'art. 2158; *Manuale forense* cit., su quest'art.) intesero la voce *compensazione* come significante la ragion derivante al coerede da cause turbanti l'eguaglianza mantenuta nella divisione, o naturalmente, o per via di *rifatte* pattuite, apparirà nettamente che il valore della voce *rifatta* adoperata nel Cod. civ. sardo, corrisponda alla voce « *rifacimento* » del Cod. civ. it., che poi mutò in « conguaglio » la parola « *compensazione* ».

(3) È la voce adoperata dal C. civ. sardo (a. cit.), e dall'*Editto ipotec. piemont.*, a. cit.

(4) V. la n. 2.

Digitized by Google

È dunque *conguaglio* in tal senso particolare il prezzo di licitazione dovuto dal coerede aggiudicatario, perch' egli tien la cosa intera qual porzione, o parte della sua porzione, *ma con l'obbligo di dare del valor di essa* la quantità che proporzionatamente deve entrare nei lotti degli altri compartecipanti, ond'è che l'atto ha carattere prevalente di divisione; e pur conguaglio è la garanzia che vien prestata al condividente o ai condividenti, nella cui porzione entra il diritto di credito corrispondente all'obbligazion che uno o più degli interessati abbian di rimettere cose o valori nella comunione, o che sia dovuta per evizione avveratasi. Qui la garanzia *conguaglia* la porzion rimasta lesa dal mancato acquisto di cose ch'erano comprese nella divisione: sana la diminuzione col *valore* che vien prestato in equivalenza alla cosa non avuta in realtà, e val quindi *agguagliamento:* dunque comprende quelle obbligazioni che, senza aver per oggetto il *conguaglio* nel senso ampio della parola, derivano direttamente dalla divisione, e paion *rifatte* esplicanti per via di rapporti speciali il concetto di eguaglianza che domina quest'atto. Nè altro che *garanzia*, è il diritto del compartecipante che abbia dovuto pagare un debito ereditario oltre la sua quota, di rivolgersi per l'indennità, pel *risarcimento*, pel *conguaglio*, agli altri condividenti (1); come pur avverrebbe, se la *cosa* obbligata a garanzia del debito ereditario fosse posta in uno dei lotti, e il titolare ne subisse l'espropriazione per via dell'azion reale spettante al creditore (2), o pagasse (e il pagamento sarebbe sempre coatto) a fin di evitare l'esecuzione (3).

125. Le ragioni di credito or descritte son garantite dall'ipoteca legale, che le assicura sì e come esistono, e comprende, pel fine suo economico-giuridico, il *valore* che v'è contenuto, e quanto necessariamente vi accede (p. es. gli interessi). Ciò non fa difficoltà per quel che si riferisce alla rifatta, o conguaglio in senso lato (4): s'è sollevato dubbio rispetto al prezzo della licitazion seguita tra condividenti, parendo che l'ipoteca debba garantirlo tutto, anche nella

(1) C. civ., a. 1030.

(2) C. civ., a. 1028.

(3) Il pagamento fatto a fin d'impedire l'evizione, è agguagliato a questa rimpetto al garante.

(4) Nè occorre che l'obbligazion di pagare gli interessi sia stata imposta nell'atto; cons. LAURENT, op. cit., XXX, 31; PONT, op. cit., I, 207 *bis*; MARTOU, op. cit., II, 580. Cfr. GUILLOUARD, op. cit., II, 513.

Digitized by Google

parte riferibile all'aggiudicatario, e s'obbiettò che questa è di necessità estinta per via di confusione (1); mentre basterebbe osservare, che l'aggiudicazione fissa il valore per determinare la parte di conguaglio dovuto agli altri condividenti, e che tutta la cosa entra con quest'onere del compenso nella porzion dell'aggiudicatario (2). Il qual ragionamento dà modo di risolvere la questione sôrta pel caso che non pagando l'aggiudicatario i conguagli dovuti, si procede a spropriazione contro di esso, e in questo giudizio sia minore la somma ricavata: si dubita cioè, se il valore dei conguagli debba rimanere com'è stato fissato per via della licitazione, oppur si debba modificarla secondo il risultato della nuova vendita. E si disse che riman fermo quello già determinato con l'incanto seguito tra i condividenti, deducendo la risoluzione da ragioni di procedura, e in ispecie dal carattere della rivendita (3): ma al risultato si giunge meglio, e per via di costruzione più logica, osservando che la licitazione ebbe a fine unico quello di determinare il conguaglio dovuto e garantito, ed il rapporto personale verso l'aggiudicatario: è dunque per essa che vien fissato il *credito* al cui soddisfacimento è volta l'espropriazione contro il condividente, che, rimasto aggiudicatario, divenne perciò debitore.

I termini dell'*obbligazion* di garantire son fissati dalla legge, dichiarante che, in mancanza di patto speciale, dev'essere ripartita tra i condividenti in proporzione delle rispettive quote (4), e le cause per cui può venir meno (5), o estinguersi: e perchè l'onere deriva dal principio già descritto dell'uguaglianza tra i compartecipanti, così sebben sia dovuto principalmente da ognuno, lo è

(1) Cons. Pont, op. cit., I, 203; Guillouard, op. cit., II, 514; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 619.

(2) Non par quindi giusto asserire la validità dell'ipoteca tolta per l'intera somma, a meno che il complesso dei crediti che ai compartecipanti non aggiudicatari vien *direttamente dalla licitazione*, non ecceda la loro porzion rispettiva del semplice prezzo; la garanzia contiene difatti ogni *credito* che ad essi dalla licitazion derivi (App. Parigi, 4 febbr. 1892 in *J. du Pal.* 1893, 2, 89); nè si può allora obbiettare, che togliendola oltre il *semplice prezzo*, sia estesa ingiustamente. Cons. Wahl, l. cit. in n., e Garsonnet in Dall., *pér.*, 1893, 2, 145).

(3) Aubry et Rau, op. cit., § 363; Thézard, op. cit. 286; Guillouard, op. cit., II, 519, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 820. Cfr. Laurent, op. cit., XXX, 33; Martou, op. cit., II, 532.

(4) C. civ., a. 1027, 1029.

(5) C. civ., a. 1027 in f.

Digitized by Google

poi da tutti, in quanto la porzion del condividente che sia diventato insolvibile, si ripartisce tra gli altri (1); salve le eccezioni onde può venir tolto questo diritto di regresso. E l'ipoteca legale assicura il credito derivante da tal garanzia, nell'interezza ch'è stata descritta, e giustificata, secondo la ragion di essere che precipuamente la concerne (2).

§ 3.

Della forma dell'atto producente l'ipoteca legale volontaria.

SOMMARIO. — **126.** Ragione e posizion della questione. — **127.** Vendita. Divisione.

126. La ragion dell'ipoteca legale descritta fin qui, consiste, come s'è osservato, nella presunta volontà delle parti constituenti il negozio dal quale deriva, onde la diversità separante le cause or esaminate e quelle dell'ipoteca legale propriamente detta: non parrebbe perciò necessaria la ricerca di quali *forme* debba essere rivestito il negozio, affinchè la presunzion di valore possa consistere: se la legge suppone questa volontà come inerente al negozio stesso, la *forma estrinseca* che il negozio deve assumere a fin di esistere, par che accerti, con la volontà di costituirlo, anche quella volontà che sarebbe la ragion di essere dell'ipoteca. Dunque, la volontà di creare l'ipoteca è nella volontà che dà nascita al negozio, nè par abbisogni delle forme speciali onde il rapporto di sicurtà ha origine: volontà tacita che contien la *riserva* della sicurtà come farebbe legittimamente se fosse espressa, perchè chi dà la cosa od acconsente a trattare della cosa ch'è oggetto del negozio, intende a ciò con quella riserva che ha virtù di creare l'onere appena la cosa esca dal patrimonio suo (3). Si potrebbe pur dire, argomentando dal fatto che direttamente la legge dà vita a quest'ipoteca, che appunto nella legge è il titolo creativo suo, e quindi basta ch'esista

(1) C. civ., a. 1031.
(2) V. il pres. § in pr.
(3) È la costruzion proposta rispetto all'origine dell'ipoteche legali (volontarie tacite) or esaminate. V. il pres. cap. in pr.

Digitized by Google

il negozio, cui è fatta accedere (1), perchè pur essa esista: cosicchè la vendita dovrebbe produrre la sicurtà a favor del venditore, anche se risultasse da scrittura privata, essendo bastevole tal forma all'esistenza di vendita di cosa immobile (2); nè diversamente dovrebbe dirsi della divisione, che per essere atto dichiarativo potrebbe risultare da convenzion puramente verbale, salvi i limiti posti all'ammissione della prova testimoniale (3).

Ma opposto a tal costruzione parrebbe l'ordinamento legale dell'ipoteca, che ammette all'iscrizione, e quindi alla pubblicità, soltanto quei titoli creativi costituiti dalla volontà che abbian forma di atto pubblico oppure di scrittura privata, di cui la firma del concedente sia autenticata da notaio, od accertata in giudizio (4): ora, accogliendo la dottrina esposta si dovrebbe dir possibile l'iscrizione, anche se il negozio onde l'ipoteca ha nascita sia spoglio di queste forme esteriori. Alla qual difficoltà si può obbiettare, esser quelle forme volute per l'atto che ha per fine speciale e diretto di crear l'ipoteca: e non doversi estendere a quei negozî cui la legge fa inerire l'esistenza della sicurtà, perchè altrimenti l'interpretazione altererebbe l'ordinamento legale sulle forme che a questi negozî si riferiscono; la vendita di cosa immobile produce l'ipoteca a favor del venditore, ma perchè è vendita, la forma esteriore non può essere altra da quella che la legge in tal qualità le assegna. Si potrebbe osservare, che ciò non dichiara con novità di considerazioni la teoria, nè toglie la difficoltà esposta, rimanendo sempre il dubbio del come sia possibile iscrivere un'ipoteca risultante da semplice scrittura privata, o da division verbale di bene immobile: la legge ha regolato minutamente la pubblicità delle ipoteche, e dopo aver disposto che non si possa procedere ad iscrizione quando l'atto privato, in virtù del quale sia richiesta, non abbia le firme autenticate o giudizialmente accertate, non ha fatta alcun'eccezione per le ipoteche legali tacite. Chè anzi, dando norma all'iscrizion dell'ipoteca consentita all'alienante, ha pur ordinato che se l'acquirente presentasse,

---

(1) V. la n. preced.

(2) Cons. Grenier, op. cit., II, 386: Persil, op. cit., s. l'art. 2108, n. 6; Troplong, op. cit., I, 285 *bis*; Pont, op. cit. I, 266.

(3) Cons. Grenier, op. cit., II, 402; Persil, op. cit., sull'art. 2103, § 3, n. 1; Pont, op. cit. 1, 294.

(4) C. civ., a. 1989.

Digitized by Google

per evitar l'iscrizione, una quitanza constatante il pagamento, non si debba tenerne conto se l'atto privato non abbia le forme esteriori descritte (1).

Quest' ultima ragion di dubitare può venir meno, dove si pensi che il fatto dell' adempimento degli obblighi imposti all' acquirente non si riferisce all'atto constatante la vendita, quasi ne sia parte, ma è negozio separato, distinto, vôlto ad estinguere il diritto d'ipoteca. Vero è che il negozio par qui considerato non come estintivo dell' ipoteca già *esistente* per via dell'iscrizion compiuta, sibbene dell' ipoteca, com' è creata dal titolo, e mal s' intenderebbe come la scrittura privata sia sufficiente alla creazion dell' onere, se non è pur tale a toglier vita all' onere soltanto creato: e si dovrebbe concludere, che la forma occorrente all' estinzion dell'onere risponda a quella ch'è necessaria per la nascita del diritto, nè sia possibile iscrivere l'ipoteca legale nascente da alienazione, se di questa non consti per atto pubblico o scrittura privata, di cui le firme siano autenticate, o giudizialmente accertate.

127. Si dirà dunque, che per intendere l'unità di concezione ch'è, o che si deve supporre nella legge, sia necessario considerare la forma dell' ipoteca rispetto al nascer suo tra le parti, e rispetto ai terzi? Ed asserire che l'iscrizione dà vita all'onere per via della pubblicità, ma riferendosi ai terzi non è necessario sia effettuata tra le parti; e decidere che la forma della scrittura, privata nei termini descritti, occorre soltanto per l'iscrizione? La risoluzione deriva da una premessa di cui è lecito discutere, nonostante che per l'annuenza quasi comune che la conforta, paia molto temerario il farlo: si deve cioè dubitare assai di questa distinzione tra l'esistenza dell'ipoteca tra le parti e l'esistenza sua rimpetto ai terzi, perchè, come si dirà in seguito, *a differenza di quanto avvien per la vendita*, riesce falsa nella teoria e inutile nella pratica: pur ammettendola, riman sempre la difficoltà dedotta dal considerare che il titolo onde l' ipoteca ha nascita, è nella *legge*, e a ciò pare che ogni distinzion ripugni. Si dirà che bisogna distinguere tra la forma necessaria alla *creazione* dell' ipoteca, e quella che occorre perch' essa *esista*, *sia cioè costituita*, secondo i concetti e la parti-

(1) C. civ., a. 1985.

Digitized by Google

zione proposta in questo studio? E la difficoltà presentata non verrebbe meno.

Per via della qual ultima distinzione, ben si dovrebbe rinviare l'esame della difficoltà allo studio sulla forma che abbisogna per *costituire* l'ipoteca; ma l'aver sollevato ora il dubbio, esige che ne sia data la risoluzione, o la proposta di risoluzione. Alla quale si può giungere in due modi. Il primo consiste nel separare l'ipoteca legale dell'*alienante* dalle altre: la legge stessa par suggerisca tal criterio, dove ordina che l'ipoteca legale si possa iscrivere fino al momento in cui l'atto di alienazione è presentato per la *trascrizione* (1): e argomentando da ciò, si può fissare il concetto che l'iscrizione sia operativa di effetto, risponda cioè al suo fine economico e giuridico di assicurare l'alienante rispetto all'adempimento delle obbligazioni imposte all'acquirente, nel punto in cui l'alienazione ottiene la sua consistenza legale rispetto a chiunque: questo punto segna il momento del pericolo dell'alienante, e quindi la necessità che prima ch'esso s'avveri, la sua garanzia esista per via dell'iscrizione. Ma se trascrizione non vi può essere, neppur questo pericolo che l'ipoteca deve scansare, potrà avverarsi: cosicchè, pel fine che l'ipoteca ha di limitare nell'acquirente il potere di disporre che altrimenti sarebbe intero in lui, se l'atto è tale che il trasferimento del potere perfetto esiga ne sia fatta la trascrizione, l'iscrizione non potrà aver luogo quando il titolo non abbia quelle formalità pur occorrenti per la trascrizione; così, nella vendita d'immobili la trascrizione può essere effettuata se la scrittura privata abbia le firme autenticate o riconosciute giudizialmente, e in difetto di ciò, come non può aversi la trascrizione, neppure sarà possibile l'iscrizione. Invece, in quegli atti che, come la divisione, non richieggono la trascrizione per essere soltanto dichiarativi di diritto, l'iscrizione si potrà effettuare, anche se la scrittura privata non ha le formalità descritte: la legge è qui il titolo che dà vita all'ipoteca, perchè l'esistenza legale dell'atto, è compiuta, intera nei suoi effetti senza bisogno di trascrizione.

Il raffronto e la corrispondenza fra la trascrizione e l'iscrizione darebbe così la ragion di costruire la teoria: della quale non si deve tuttavia celare il lato difettoso, ch'è il far intervenire la considerazion del momento della trascrizione, e della forma a questa necessaria, per proferir la definizione del dubbio proposto. E potrà per-

(1) C. civ., a. 1985.

Digitized by Google

ciò parer miglior partito di accogliere l'altro modo di risolvere la questione: dedurre cioè dalla ragion dell'ipoteca, che, inerendo all'atto, si svolge dalla sola *forma* che rispetto a quest'ultimo è ordinata.

CAPITOLO III.

L'ipoteca legale propriamente detta (ipoteca legale, *ipoteca* giudiziale).

Generalità.

Sommario. — **128-130.** Carattere dell'ipoteca legale propriamente detta. Analogia col privilegio e con l'ipoteca tacita. — **131.** Cont. La capacità delle parti. — **132.** Se la provvision delle parti faccia cessare questa protezione della legge. — **133.** Cause determinanti l'ipoteca legale propriamente detta. — **134.** È *generale* rispetto al titolo che la crea; ma il principio regolatore della *specialità* la governa nel costituirla. — **135.** Anche se vien riferita al patrimonio ipotecabile com'è in un dato momento. — **136.** Confronto con l'ipoteca giudiziale. — **137.** — Cont. — **138.** Il rimedio della riduzione.

128. A differenza dell'ipoteca legale derivante sì dalla legge il suo titolo diretto, ma fondata su di una conforme presunzion di volontà delle parti interessate, l'ipoteca legale propriamente detta ha nella legge l'immediata ed unica sua ragion di essere: è la legge difatti, che considerando soltanto la natura, la finalità del rapporto cui l'ipoteca è fatta accedere, dà vita alla sicurtà reale: è sempre essa che rilevando l'importanza speciale del titolo constituente l'obbligazione, gli dà pur valore di ragion creativa di tal garanzia. Così, o che la causa della prelazione consentita al credito derivi dal giudizio tenuto sulla natura economico-giuridica di esso, o che derivi invece dalla particolare considerazion del titolo che la constata, l'ipoteca nasce direttamente dall'apprezzamento del legistatore, concretandosi nelle due forme che scendono da quest'unica fonte, e che son l'*ipoteca legale propriamente detta*, e *l'ipoteca giudiziale*.

È quindi evidente, e il processo storico di lor formazione lo dimostra, che molta è l'affinità tra queste due specie d'ipoteca, confondentisi nell'unica ragion di essere descritta, e la figura del *privilegio;* e occorse già di rilevarla. Derivanti da un giudizio del

Digitized by Google

legislatore, son causa di prelazione pur esse, e come avvien del *privilegio vero* (chè in molti privilegi, ragion della preferenza è il pegno, o quanto meno la ritenzione della cosa), il loro effetto, seguendo il credito avvantaggiato, s'esplica sul patrimonio del debitore: il credito è diretto al valore del patrimonio in genere, e il privilegio e l' ipoteca, per cui si manifesta la preferenza conceduta al credito, si fissan pure sul patrimonio. Ma con quella diversa virtù che risponde alla loro essenza: il privilegio è semplice prelazione rispetto al valore, nè induce un diritto su questo per via di rapporto reale, mentre l'ipoteca si fissa sulla cosa contenendovisi l'alienazion del valore ch' è in essa: dal che pur deriva, che la prelazione manifestantesi per via dell'ipoteca opera su ognuna delle cose specialmente gravate, ed esiste perchè e finchè esiste il rapporto reale di garanzia in cui è contenuta: mentre il privilegio non consistendo sulla cosa e operando come ragion di prelazione sul valore, vince necessariamente la preferenza che si esplica per mezzo dell'ipoteca. È cioè come prelazione più efficace di quel che l' ipoteca non sia, ed il maggior vantaggio si compensa con la virtù della sicurtà reale di fissarsi sulla cosa, seguendola nei varî trasferimenti di cui può essere oggetto: mentre il privilegio aderendo strettamente al rapporto personale, non segue per ordinario, la cosa presso i successori particolari dell' obbligato.

129. Il qual raffronto induce un'altra considerazione che contribuisce a fissarne ancor meglio i risultati: derivando il *privilegio* propriamente detto, e l'ipoteca legale propria dalla stessa ragion prima ch' è la considerazione in cui il legislatore tenne l'origine del rapporto avvantaggiato, in entrambi gli istituti s'avverte il fine di assicurare il *pagamento del credito* nella liquidazion della cosa, o delle cose componenti il patrimonio: il favore della legge si riferisce dunque in special modo all'*esecuzione*, e questo è il concetto che anima il privilegio: mentre nell'ipoteca vi s'è aggiunto il nuovo fine della garanzia, per cui l'altro ne riman vieppiù rafforzato. Ma se, come s'è già osservato, in tutte le forme che l'ipoteca assume entra il concetto di *esecuzione* nel senso che vi è contenuto il *valor* della cosa onerata in quella misura che si reputa rispondente al valore dell'obbligazione assicurata: se anzi l'*esecuzione* è il fine remoto che s'ottien per via della *garanzia* ch'è fine prossimo dell'istituto, nell'ipoteca legale, stante l'affinità avvertita col privilegio,

Digitized by Google

maggiore è la virtù che quell'elemento vi ha: e s'intende, perchè l'ipoteca legale spettante ai minori (1) e alla donna maritata (2) fossero da principio *privilegia exigendi*, rafforzati in seguito con la ragion ipotecaria. A conferma della qual osservazione, gioverà ricordare l'istituto della *riduzion* dell'ipoteca ch'è nella legge odierna (3).

130. Nè occorre insistere intorno le differenze già avvertite tra l'ipoteca legale tacita *(volontaria tacita)* e l'ipoteca legale propriamente detta: in quella è la presunta volontà che *direttamente* dà nascita all'istituto, in questa è il favor della legge; quella è *volontaria*, questa è un privilegio che nel rafforzarsi s'è pure alterato, cosicchè le due forme d'ipoteca legale non si debbono confondere in una, argomentando dall'unicità *apparente* di lor causa, ch'è la legge, e notando che a quel modo che s'hanno privilegi generali e speciali, l'ipoteca legale è pur generale e speciale. Quest'analogia non muta la profonda diversità avvertita tra le due specie d'ipoteca legale.

131. Che ben si manifesta, e necessariamente, nella ricerca sulla *capacità* del debitore cui spetti la cosa onerata: se difatti si dovesse porre a confronto l'ipoteca *volontaria* con la *legale* senza indagare la diversa ragion di essere che questa ha, si dovrebbe dire, che la volontaria non può essere creata validamente quando la persona che la crea non abbia la disposizion della cosa che si vuol onerare, e la capacità di esercitarla: mentre la legale, avendo la sua causa nella legge, si riferisce alla natura del credito, e quindi la *capacità* dell'obbligato non può venir in considerazione. La qual risoluzione genericamente posta rispetto all'ipoteca legale, non si deve accogliere, perchè i termini da cui risulta si riferiscono strettamente a quell'ipoteca legale ch'è soltanto un favore della legge per l'*origine del credito:* la legge non considera la condizione della persona obbligata, e, come avvien pel privilegio, si preoccupa soltanto del motivo dell'obbligazione, del fine per cui è stata constituita, e la favorisce della garanzia legale che l'assicura. Nell'ipoteca legale derivante sì dalla legge ma per via di presunzion di volontà degli interessati, altra dev'essere la decisione: qui s'ha un atto di

(1) Su questo punto v. il vol. I, cap. I.

(2) V. la n. preced.

(3) L'argomento non è tuttavia decisivo, non riferendosi il rimedio della riduzione a questa sola figura d'ipoteca legale: del che a suo luogo.

Digitized by Google

volontà, ed il requisito della capacità a volere non può venir meno, non potendosi presumere dalla legge una valida volontà in chi, per ragion di età o di mente, è da essa tenuto incapace di volere.

E allora qual dovrà essere questa capacità? Sarà essa la capacità d'ipotecare, in modo che se titolare della cosa onerata fosse una persona incapace si debba dir che ipoteca valida non è stata creata, quando non siansi osservate le forme tutelari ordinate all'uopo? Non pare si possa affermarlo con correttezza. Difatti, che l' ipoteca volontaria tacita (*legale* impropria) derivi precipuamente dalla presunta volontà delle parti s' è dimostrato, ma ciò non toglie che questa presunzione si connetta necessariamente all'*atto* cui la sicurtà è fatta accedere dalla legge: la volontà cioè di creare l'ipoteca è contenuta secondo la presunzion della legge nella volontà stessa di concorrere all' atto cui l' ipoteca s' aggiunge: è cioè la volontà di dedurre nel rapporto la cosa, *ritenendo* peraltro su di essa il *valore* corrispondente al credito nascente dell' atto; e tal intenzione si manifesta legalmente per via dell'ipoteca. Ora, se non può scindersi la volontà diretta alla creazion dell'ipoteca da quella ch'è vôlta alla costituzion dell'atto onde la sicurtà trae origine, par certo che la *capacità di concedere ipoteca* sia la capacità stessa di concorrere all'atto, di voler l'atto che trae con sè la nascita della sicurtà (1).

132. Ma l'avere queste due specie d'ipoteca legale il *titolo diretto* nella *legge*, sebben diversi concetti presiedano, come s' è osservato, alla lor origine, fa sì, che di entrambe si debba dire che dal momento ch'esistono indipendentemente da volontà intervenuta *direttamente* a crearle, l'atto degl' interessati che di altra garanzia ha provveduto il credito derivante dall'atto o dal rapporto posto in essere, faccia venir meno la presunzione e la protezion della legge? Due risoluzioni, che interamente si contraddicono, si posson qui proporre: argomentando dal fatto che il diritto d'ipoteca è *creato* per virtù stessa della legge, il voler degli interessati constituente speciali garanzie pel rapporto cui l'ipoteca legale è conceduta, non si può intendere per sè come *rinunzia* a tal sicurtà: aggiungere nuove od altre cautele a quelle che la legge da sè consente, non significa che si voglia *sostituirle* a queste: è criterio interpretativo che le rinunzie ai diritti non si presumono. Ma d'altra parte, pensando alla

(1) Anche su questo argomento, v. il vol. I, p. 537 e segg.

Digitized by Google

ragion di queste ipoteche legali, al fine che s' ebbe nel dar loro nascita, si può affermare che dove la sicurtà, come nelle ipoteche volontarie tacite, derivi da volontà presunta, la presunzion debba cessare di fronte al manifestato volere che determina la garanzia del credito nascente dall' atto; a che presumere siasi il creditore riserbato per via dell'ipoteca legale una parte del valore, o tutto il valor della cosa, a tutela del suo credito, se a ciò s'è provveduto espressamente dagli interessati? Il fine della sicurtà non è stato preveduto, e conseguito a mezzo di speciali pattuizioni? E dove l'ipoteca legale ha tutta la sua ragion di essere nella protezione benefica della legge verso l'origine di certi crediti, o che la considerazion sua si fermi sulle persone cui la tutela è vôlta, o sulla natura stessa del credito, parrebbe, che se le parti interessate, od i loro rappresentanti, hanno curato la garanzia delle proprie ragioni, la causa della sollecitudine spiegata non occorra più, essendosi conseguita la protezion voluta.

Di queste due teorie, la prima era ben accolta con acuti temperamenti nel diritto comune (1), che avea posto il principio « *provisio hominis non tollet provisionem legis* »: la seconda par invece risponda al diritto odierno, che ordinando le ipoteche del minore, dell'interdetto e della donna maritata, sommette la provvision sua al requisito che in altro modo non siasi garantito il rapporto a cui favore essa stabilisce la sicurtà (2). Dalla qual disposizione, che verrà chiarita a suo luogo, e dalla diversa ragion delle due specie d'ipoteca legale si può inferire la seguente costruzione: che nell'ipoteca legale detta *volontaria tacita*, la pattuizion degli interessati sul modo di garantire il credito nascente dal rapporto, non toglie il diritto all' ipoteca già creata, se espressamente non siasi voluto il contrario dagli interessati *capaci a far la rinunzia;* e la legge consente in ciò dove ordinando d' inscrivere l'ipoteca data all' alienante (3), e dichiarando che contro l'iscrizion dell'ipoteca si possa obbiettare l' avvenuto pagamento (4), fa intendere che quell' obbligo e questa iscrizione non debbono soffrire pel fatto che, con espressa pattuizione, gli interessati abbian provveduto alla garanzia. La presunta volontà deve venir meno dinanzi ad un atto espresso, com-

(1) V. il n. 34 t. e n.
(2) C. civ., a. 1982, 1983.
(3) C. civ., a. 1985.
(4) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

piuto nelle forme occorrenti a che al diritto d'ipoteca si possa rinunziare: il patto contenente una garanzia voluta dagli interessati, non sostituisce la sicurtà così ordinata a quella legale, e soltanto vi s'aggiunge.

Ma avvien altrimenti delle altre forme d'ipoteca legale non fondate sulla tacita volontà delle parti, secondo la presunzion che ne fa la legge: dove il suo intervento vale specialmente *protezione* s'intende che la garanzia espressamente constituita *debba influire* sulla tutela ch'essa ordina. È perciò che l'ipoteca consentita a favor del minore e della donna maritata hanno nascita, *se* altrimenti non sia stato provveduto a garantirne gli interessi: qui il fine della legge nel creare l'ipoteca è di proteggere, e non vi è quando altrimenti sia stato conseguito: sebben sia vero che non in egual modo agisce la provvisione cui è sommessa la creazion dell'ipoteca; perchè a seconda del motivo di proteggere varia l'efficacia sua, ch'è la virtù di *togliere affatto* soltanto di *sospendere* la nascita del diritto di sicurtà reale.

133. La qual ragion di decidere dà modo di determinare le singole cause d'ipoteca legale propriamente dette, secondo son ordinate dalla legge civile (1): *protezione* ai minori ed agli interdetti, a fin di garantirli dei crediti lor derivanti dall'amministrazion del tutore; e come tal necessità di difesa esiste intera fino a che l'incapacità duri, così lungo tal termine persiste intatto il *diritto* d'ipoteca legale, anche se l'esercizio ne sia stato validamente sospeso; *protezione* data all'istituto della *dote*, ed al diritto ai lucri dotali costituiti nel contratto di matrimonio, e l'effettuazion della sicurtà si riferisce qui necessariamente ad un tempo determinato, nascendo l'obbligo al momento del contratto. La legge interviene, tutelando l'integrità della dote, per difendere la condizion della donna contro il pericolo di atti non riguardosi del marito sui diritti patrimoniali che le spettano, ma ancor più a fin d'impedire che nelle trattative preliminari del matrimonio insorgano discussioni sulla garanzia della dote e dei lucri nuziali, e per afforzare la pace coniugale col mantener sicure rispetto all'azion del marito le ragioni patrimoniali della moglie (2):

(1) C. civ., a. 1969, n. 2, 3.

(2) È in queste due considerazioni che consiste la ragion giustificativa della legge interveniente ad assicurare la dote, ed il diritto ai lucri convenuti; il solo fine della dote costituita, lo scopo vivificante questo patrimonio destinato quasi

Digitized by Google

quindi la protezione s'esaurisce nel momento in cui si dà regola ai rapporti patrimoniali col contratto di matrimonio, e la scelta di altre cautele (1) che vi fossero ordinate, vincola definitivamente le parti. Nè si dimentichi che alla donna, a differenza del minore o dell'interdetto, riman sempre la possibilità di sorvegliare l'andamento dell'amministrazione, e difendersi dalle malefatte del marito separando la dote (2).

Fnalmente, non la *protezione,* sibbene la sola *ragion del credito*, è causa della prelazione data allo Stato per le spese di giustizia penale (3): e perchè tal sicurtà non ha carattere speciale veruno che la differenzî, le considerazioni fatte sull'entità dell'ipoteca legale e sul raffronto di essa col privilegio, non abbisognano di altra dichiarazione.

134. La determinazion più netta che dalle indagini fatte risulta al concetto dell'*ipoteca legale,* considerata qual protezione o favore di cui la legge circonda talune cause di credito, consente di rendere con miglior chiarezza la caratteristica della *generalità* che a tal istituto si riferisce: è *generale* l'ipoteca, nel senso che traendo essa origine dal favore verso la ragion del credito, come questo è *generale* perchè investe il patrimonio del quale è una passività, così anche il favore lo segue nella sua estensione, e lo afferma, lo realizza, nella stessa universalità di cui è parte: il credito è alienazion del valore che in genere è contenuto nel patrimonio, e l'ipoteca legale dovrebbe *realizzare* nel medesimo oggetto (4) il va-

---

alla società famigliare fondata sul matrimonio, non basta a dichiarare la *provisio legis:* conviene intendere in modo più ampio il favor della legge, che se ha cura d'impedire la dispersione o la distrazione dei beni dotali, si dà pur pensiero di eliminare gli ostacoli, che alla definizion delle trattative matrimoniali verrebbero dai dissensi intorno l'obbligo ed il modo di garantire la dote ed i lucri concessi. Non è soltanto cioè la *causa dotale* ch'esplica il favor della legge, sibbene il concetto più largo della *causa del matrimonio*, che l'entità sociale e giuridica ond'è distinta, rende meritevole d'ogni riguardo.

(1) Quando sian date altre cautele che surroghino tutta la provvision favorevole della legge, potrà ben convenirsi la rinunzia all'ipoteca: ma di ciò in seguito. Chè altro, come pur si vedrà, è ricercare se indipendentemente dall'esistenza di altra sicurtà, si possa senz'altro rinunziare nel contratto matrimoniale all'ipoteca concessa dalla legge.

(2) C. civ., a. 1418 e segg.; e 1400, al.

(3) C. civ., a. 1969, 5°.

(4) Non è che per questa «*realizzazione*» s'intenda il consister dell'ipoteca sul patrimonio come universalità, bensì il riferirsi ad esso della *ragion creativa della*

Digitized by Google

lore così alienato. Avvien cioè, come s'è avvertito pel privilegio: ma, siccome qui l'onere cade sulla cosa, ed al concetto di *esecuzione reale* s'unisce l'altro di garanzia, così il carattere di « generalità » non domina interamente, e si piega ai principî che per motivi giuridico-economici governano l'ordinamento ipotecario odierno, la pubblicità, e la specialità. E *generale* è l'ipoteca rispetto alla sua origine, al titolo ond'emana, alla sua *creazione:* il titolo, ch'è la legge, la *crea* sul patrimonio seguendo l'estension del rapporto garantito, e perciò dà diritto a *costituirla* in tale ampiezza: ma la *costituzione* non colpisce il patrimonio come universalità, e nelle cose ch'entrano a comporlo, sibbene *le singole unità ipotecabili che vi son contenute:* la generalità è cioè nella *creazione,* non nella *costituzione,* e così l'ampiezza del favor della legge si concilia interamente coi due principî fondamentali descritti (1).

Ora, se il titolo creativo ha tal carattere di generalità, verrà esso meno pel caso che il titolare del rapporto assicurato, o chi lo rappresenta, restringa la sicurtà soltanto a *certi* tra i beni ipotecabili, ed egualmente sottoposti al diritto di costituirvi l'ipoteca? La questione è stata esaminata dianzi, nè abbisogna di nuova ricerca: l'indagare se la *sostituzione* avvenuta *consumi* il diritto, o se invece questo esercizio non pregiudichi il diritto che sulla generalità dei beni ipotecabili è conceduto dalla legge, richiede di valutar anzitutto la ragion della sicurtà nei casi speciali in cui è ordinata: e dove causa del favore sia la protezion verso la persona del debitore, o verso la natura del rapporto, è l'entità di questa tutela che dichiara la virtù della restrizion voluta. Così, la legge non riconosce alla restrizione l'efficacia di togliere o menomare il diritto alla sicurtà nell'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti, e non le attribuisce carattere di negozio giuridico valevole a sostituire la cautela *volontaria* a quella legale; negli altri casi invece, la volontà degli interessati rimane al tutto libera rispetto a tal punto, e se nella restrizion dell'ipoteca a certi beni fosse insita la *volontà* di rinunziare con ciò alla *generalità* del diritto d'ipotecare, la creazion dell'onere ne

---

sicurtà ipotecaria, pel concetto di privilegio, di favore, ch'è nella provvision della legge: la causa astratta della garanzia è altra della *consistenza effettiva* sua, regolata in conformità all'ordinamento generale ipotecario.

(1) V. la nota preced.

Digitized by Google

avrà la caratteristica di *volontaria*. Il che la legge espressamente presume nell' ipoteca legale consentita alla donna a sicurtà della dote e dei lucri dotali (1), nè vi ha ragion che consigli di limitare la presunzione a queste ipotesi, perchè lo stesso risultato si può applicare, anche ad altri casi, come presunzion di fatto derivante necessariamente dal contrasto tra l'entità dell'ipoteca legale e l'intervento della volontà degli interessati. Cosicchè, dove la restrizion non toglie la *generalità* del diritto di costituir l'ipoteca, non si può riconoscere la virtù della volontà surrogantesi alla provvisione della legge.

La quale ragion di decidere consente di ridurre in questi termini la costruzione proposta sull'incontro della *provisio legis* ch'è nell'ipoteca legale, con la *provisio hominis:* quella cessa, per difetto di scopo, quando questa provvede alla sicurtà di cui la legge intese circondare la natura del rapporto favorito, presumendosi con certezza che le parti interessate abbian così voluto sostituire la cautela volontaria alla legale, e la legge stessa applica espressamente tal concetto all' ipoteca della dote: la presunzione vien meno se manchi la possibilità giuridica della sostituzione accennata, come avvien della garanzia ordinata nell'interesse dei minori e degli interdetti, cui si deve una difesa più efficace, rispondente alla ragione, al fine della tutela stessa (2).

135. Nè all'ipoteca legale è tolto o diminuito il carattere di *generalità*, pel fatto che la legge stabilisce si debba in qualche caso

(1) La questione posta ed esaminata nel testo, non si riferisce in generale al sapere se e perchè la *provisio hominis* tolga la *provisio legis*, bensì all'esaminare se la restrizion dell'ipoteca a certi beni induca fissazione definitiva della sicurtà come *provisio hominis*, consumante al tutto il diritto al favor della legge: perchè la *generalità* della ragion ipotecaria, comprendente ogni cosa ipotecabile che sia nel patrimonio dell'obbligato, verrebbe tolta dalla *restrizione* rispetto a certi beni. E a ciò si riferisce la decision proposta; vero è che la *provisio hominis* toglie la *provisio legis*, quando questa sia resa inutile per l'esistenza di quella (cons., sulla grave disputa nel diritto comune, Negusant., op. cit, m. 4, p. 2, nn. 86 e segg.; cfr. Fabro, op. cit., d. VI, err. 1, n. 6, 11, così da parerne necessariamente voluta la rinunzia; vero, che anche per la garanzia dovuta dal tutore, questi ha il diritto di preferire *altro modo* di dar sicurtà per gli obblighi che gli sono imposti, e quindi con la *provisio hominis* cesserebbe la *provisio legis*; ma vero del pari, che mantenuta la forma dell'ipoteca, questa non è mutata sempre in *volontaria* pel solo fatto della *speciale designazion dei beni* su cui cade. Ecco il punto discusso nel testo e la costruzione che n'è dedotta.

(2) V. su ciò l'art. 292, 2: e la n. preced. in f.

Digitized by Google

ristringerla alle sole cose ipotecabili che l' obbligato ha nel momento in cui è nato il diritto a costituirla: sebben paia sia ciò in contraddizione al concetto del privilegio che s'è detto inerire all'ipoteca legale, e che abbracciando l'universalità dei beni, comprende il patrimonio non soltanto com'è al tempo in cui è sorto il credito cui accede, sibbene il patrimonio nel suo continuo divenire. Ossia, la *generalità* dell'ipoteca par che si debba riferire all'*universalità patrimoniale*, e l' onere debba così colpire non soltanto le cose ipotecabili presenti al tempo in cui è nato, ma ancor quelle che entreranno in seguito a comporre il patrimonio.

L'obbiezione non regge. Il patrimonio vien d' ordinario qualificato come uno, indivisibile, e inalienabile, per la relazion sua verso la persona che n'è il soggetto, e che parrebbe il centro attorno al quale esso gravita, la vita che l' anima: ma in questa costruzion del concetto s'esagera assai, perchè sebbene il patrimonio come *universalità* comprenda le cose presenti e le future, e nel mutar delle unità che lo compongono non muti, non perciò si deve ritenere giuridicamente impossibile che una *parte di queste unità* sia staccata come universalità a sè in relazione ad un dato fine, a garanzia di uno o più rapporti d'obbligazione, purchè i terzi abbian di ciò notizia (1). La legge stessa in materia di privilegio generale separa il patrimonio mobiliare dall'immobiliare; e rispetto a quest'ultimo, nell'ipoteca legale conceduta alla donna in guarentigia della dote e dei lucri nuziali, separa ancora i *beni presenti* al momento in cui il diritto a costituirla è sorto, dai beni futuri, restringendo a quelli la creazion del vincolo. Perchè la legge ciò ordini, si dirà in seguito: qui occorre soltanto di avvertire che la restrizione or-

(1) Nulla vieta, argomentando dalla concezion del patrimonio e dal diritto di *disporre* ch'è nel titolare, di costruire in tal modo: che può anche condurre ad asserire la valevole destinazion di parte del patrimonio (cose speciali) a garantire certi speciali obblighi del disponente, se pur nel momento non esista l'accettazion corrispondente del creditore. Nè si dica che con ciò riman possibile la costituzione della garanzia per un debito semplicemente futuro, o soltanto possibile, contrariamente a quel che s'è asserito altra volta, ed anche la costituzion senza limiti dell' ipoteca del proprietario; non la costituzione della sicurtà reale, che giuridicamente non esisterebbe (e la cui inesistenza ogni terzo può opporre), bensì l' *impegno a costituirla* in quanto certamente, direttamente, è fatto conoscere ai terzi, e *da questi si presuma accettato*, è la ragion fondamentale della costruzione proposta. I terzi accoglierebbero cioè la *limitazione* della garanzia che avrebbero nel patrimonio dell'obbligato. Cons. SALEILLES, mon. cit.

Digitized by Google

dinata non modifica la *generalità* dell'ipoteca, ch' è consentita rispetto all'*universalità* dei beni ipotecabili, *presenti* nel momento in cui sorge il diritto a costituirla in *modo speciale* sui singoli immobili. Il tempo nel quale la legge considera l'*universalità* cui s'estende la creazion dell'onere, non altera la caratteristica della generalità.

136. L'ipoteca giudiziale è pur essa legale *(legale propria)*, avendo nella legge la sua ragion di essere: la legge, a quel modo che valutando certe cause di credito le rafforza con la prelazione e la sicurtà inerente all'ipoteca legale, attribuisce al credito dichiarato dalla sentenza del magistrato il medesimo favore: soltanto, nell'ipoteca legale il favore (privilegio) è determinato dalla *natura* del credito, considerato oggettivamente od in rapporto alla persona cui spetta, mentre nella giudiziale ha origine nell'importanza dell'*atto* che del credito dichiara l'esistenza. Alla ragione storica di tal forma d'ipoteca legale, alle gravi critiche di cui è sempre oggetto, ed alle considerazioni economico-giuridiche che possono valevolmente giustificarla, s'acccennò (1); qui basti avvertire, che per la sua origine (ipoteca *legale* propriamente detta) ha essa il carattere della *generalità*: come il credito pel suo elemento patrimoniale si riferisce all'intero patrimonio dell'obbligato, la *prelazione assicurata* (2), ch'è *qualità* sua derivantegli dal favor della legge, lo segue pure in tal estensione, affermandosi sull'universalità patrimoniale: perciò, il *diritto* a costituire quest'ipoteca esiste non soltanto rispetto ai beni ipotecabili presenti, ma anche ai futuri, sebben la *costituzione* si debba fare *specialmente* e *pubblicamente* su di ognuno. La generalità si riferisce alla sola *creazione*, non alla *costituzione* effettiva dell'onere ipotecario.

137. Dal quale carattere di *generalità* inerente all'ipoteca legale propriamente detta, si deve inferire che, a differenza di ciò che la legge ordina per l'ipoteca volontaria, s'estende non ai soli beni presenti, bensì anche ai futuri (3): eccezion fatta pei casi in cui la legge limita espressamente cosiffatta comprensione. Tant'è, che

(1) V. in questo vol. II il cap. I.

(2) V. la n. preced.

(3) Ciò avviene, quando l'ipoteca legale sia creata senza limitazione. C. civ., a. 1969, 5°.

Digitized by Google

vien data facoltà al creditore d'inscrivere l'ipoteca *giudiziale* man mano che questi beni entrino nel patrimonio dell'obbligato (1): parrebbe così, che il *diritto a tal garanzia* esista rispetto a qualunque bene ipotecabile presente o futuro, dal momento in cui esiste la ragion del credito cui accede, quantunque a costituirlo efficacemente occorra poi l'osservanza delle forme ordinarie.

Di ciò due giustificazioni son possibili: o si considera, come s'è or fatto, la *generalità* del diritto all'ipoteca (chè non l'ipoteca per sè è generale, bensì il diritto a fissarla) in relazione all'universalità, e allora si può dire che se oggetto di tal potere non sono i beni specialmente considerati, bensì il compendio patrimoniale, non si deve più distinguere tra beni presenti e beni futuri, scomparendo queste singole unità di fronte all'insieme cui si riferisce il diritto d'ipotecare: l'oggetto è l'*universalità*, è il patrimonio, che non cangia col mutar degli elementi speciali ch'entrano a comporlo: e così considerato, l'*oggetto* è sempre bene presente. Ma questa *presenza* bene sta rispetto al diritto di costituir l'ipoteca, e non più s'adatta all'esercizio del diritto, alla costituzione effettiva dell'onere: secondo i principî generali ricevuti in materia di diritto ipotecario, non basta la *presenza* del bene astratto ch'è l'universalità patrimoniale, ma occorre la presenza del bene concreto, speciale, entrato nel patrimonio dell'obbligato.

È dunque un diverso modo d'intendere la *presenza* dell'oggetto, secondochè si tratta del diritto a dar nascita all'ipoteca, o della nascita effettiva sua: e qui apparisce un'altra saliente differenza tra il privilegio e l'ipoteca legale, esistendo quello compiutamente con l'esistenza del credito nella condizion voluta dalla legge concedente la prelazione, mentre per questa la ragion del credito induce soltanto il diritto a costituir la garanzia reale: ossia, nell'ipoteca legale propriamente detta vi è del *privilegio* nel periodo che precede la sua nascita, col diritto che il creditore ha di costituirla, e diventa ipoteca vera, quando sia costituita con le forme richieste dalla legge. Ciò dà modo di passare logicamente alla seconda giustificazione, ch'è tratta dall'osservare, che nell'ipoteca legale propriamente detta i due momenti della *creazione* e della *costituzione* coincidono in quest'ultimo (2): nella volontaria, il sem-

(1) C. civ., a. 1986.
(2) V. in questo II vol. il cap. I.

Digitized by Google

plice negozio giuridico della *creazione* dà origine a rapporti speciali tra le parti, sebbene non derivino dall'ipoteca esistente qual diritto reale (1), ma nella legale, sebben la legge sia *titolo* abilitante a costituirla, non v'è questo momento che ha importanza giuridica indipendente: in quella, la creazione ha effetto proprio, e il creditore può agire contro il concedente pel diritto speciale che gliene deriva, mentre in quest'ultima il creditore, prima che sia costituita, non ha rispetto al patrimonio diritti e difese maggiori di quelle consentite ai creditori in genere. Per il che, quando si dica che nell'ipoteca legale il *diritto a costituirla* val *creazione* di essa, la locuzione è comoda, ma non propria: la legge dà diritto a *creare e costituir* l'ipoteca, e consentendo ciò non *crea* l'ipoteca, non crea *come rapporto speciale* il diritto a costituirla, concedendone il potere, pone il creditore in condizion privilegiata per causa del credito.

I risultati della costruzione or proposta appariranno nettamente più innanzi.

138. S'è già osservato che nella conversione del privilegio in ipoteca (legale propria), la garanzia, realizzandosi, ebbe maggior consistenza, ma perdette qualcosa della virtù sua rispetto all'anteriorità del grado, stante l'effettuarsi della prelazione secondo la data dell'ipoteca inscritta: nè ciò è temperamento che la legge abbia posto alla trasformazion voluta, dipendendo invece dalla natura dell'istituto in cui il privilegio venne mutato. Il temperamento vero s'ha nel rimedio della *riduzione* dell'ipoteca legale (legale propriamente detta, e giudiziale): la *generalità*, caratterizzante il diritto a crearla pel riferirsi che questo fa all'universalità patrimoniale (2), non turba le regole imposte per la costituzion effettiva della sicurtà che dev'essere compiuta con le forme della *specialità* e della *pubblicità;* ma con la persistenza del diritto di onerare i beni ipotecabili man mano ch'entrino nel patrimonio dell'obbligato, anche se l'estension sua si riferisca al patrimonio secondo è in un dato momento, non soltanto può turbare, ma sconvolgere i principî che il legislatore tenne nell'ordinare la *specialità* della garanzia ipotecaria. L'interesse del debitore, dei terzi, ed il pubblico vantaggio

(1) V. la n. preced.
(2) V. i nn. preced. e le n. relative.

Digitized by Google

richieggono che la fortuna dell'obbligato non sia gravata dalla garanzia reale, in modo ch'ecceda ingiustamente lo scopo per cui è stata costituita: nella concession dell'ipoteca volontaria, il rispetto al potere di disposizione che il titolare ha sulla cosa vieta, di regola (1), alla legge d'intervenire direttamente perchè l'equilibrio tra il credito garantito e l'entità dell'onere sia mantenuto (2), e vi si provvede indirettamente con le forme occorrenti alla creazion dell' ipoteca, e con l'elemento della *specialità* concernente così il credito come la cosa onerata: ma all' ipoteca legale, perchè v'entra il concetto del privilegio e con questo l'altro dell'*esecuzione reale*, la legge estese la norma ordinata rispetto a quest'ultima, proporzionante l'*esecuzione* allo scopo ch' essa ha, al valore cioè del credito garantito. L' obbligato ha difatti il diritto di chiedere sia l'esecuzion ristretta a quella quantità di beni (non compresi in una stessa coltivazione, chè formerebbe allora come una distinta unità) sufficiente (3) a produrre il valore che spetta all' instante: nell' ipoteca legale (legale propria e giudiziale), s' ha mezzo di riparare agli inconvenienti della generalità, proporzionando l'entità dell'onere a quella del credito con l'istituto della *riduzione*, che può essere operata sul *credito* se la somma per cui è tolta l' iscrizione sia eccessivamente superiore alla reale, e sui *beni* se il valor di questi ecceda quello del credito.

Con la *riduzione* si corregge dunque il difetto che all'ipoteca legale può derivare dalla sua origine (privilegio), e dalla caratteristica della *generalità* che perciò v' inerisce, e meglio si fa corrisponderla al fine della *garanzia*; dei termini occorrenti ad effettuarla, e del modo che a ciò occorre, si dirà in seguito, esponendo la possibilità che sia modificato l'*oggetto* dell' ipoteca senza che il rapporto costituito ne abbia alterazione.

---

(1) Della riduzion dell' iscrizione si dirà a suo luogo. S' è detto nel testo, che *di regola* la legge non interviene con questo rimedio nel caso d' ipoteca volontaria: difatti, la consente nel caso d' *indeterminatezza* del credito garantito, argomentando allora dalla stessa volontà delle parti: invece, nel caso d'ipoteca legale la cagion della riduzione è il suo stesso provvedimento favorevole, concedente la sicurtà. Di ciò in seguito, nello studio sulla riduzione, e nel trattato delle ipoteche legali specialmente considerate (v. i §§ segg.).

(2) V. la n. preced.

(3) C. civ., a. 2088. Cons. pure sul principio, C. pr. civ. 567.

Digitized by Google

§ 1.

L'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti.

SOMMARIO. — **139**. Ragion della legge. — **140**. *Generalità* dell'ipoteca: correttivi. Restrizione e riduzione. — **141**. Cont. — **142**. Cont. — **143**. — Cont. — **144**. A chi tal garanzia compete, e contro chi. — **145**. Cont. Tutela legale dei figli naturali riconosciuti. Vedova passata a seconde nozze. — **146**. Tutore di fatto. — **147**. Crediti che quest'ipoteca garantisce. — **148**. Cont. — **149**. Su quali beni l'ipoteca può essere iscritta.

139. Lo stesso fine del provvedimento sociale ch'è la *tutela*, la necessità cioè di proteggere nell'interesse degl'individui ed in quello più ampio della conservazion delle famiglie e dei patrimonî, le persone che a causa di età o di mente non possono governare sè e le cose proprie, è pur la considerazione che giustifica le cautele ordinate a favore di questi incapaci affidati alla difesa altrui: chè anzi son esse il complemento di tal protezione, resa meglio efficace pel concorso imposto a chi è chiamato all'officio di tutore dell'obbligazion personale e del vincolo reale di sicurtà. Male dunque s'argomenterebbe il motivo di quest' ordinamento dal confronto tra la condizion della persona, che del suo patrimonio può liberamente disporre, e quella del minore non emancipato e del maggiore interdetto, osservando che il capace può provvedere a sè, premunendosi per la sicurtà del suo credito con la stipulazione di « sufficienti garanzie », mentre l'incapace non ha possibilità di farlo a cagione appunto dell'incapacità sua (1): la legge intese soltanto a render più compiuta l'azion protettrice del potere sociale, che certo rimarrebbe imperfetta se l'obbligazione di render conto imposta al tutore non fosse sorretta dalla sicurtà reale: onde sorge più efficace impegno ad osservar nella gestione la diligenza imposta. Essa cioè, statuendo l'incapacità di esercitare il proprio diritto a ragion di difetto d'età o di vizio di mente, interviene affinchè la persona ed il patrimonio dell'incapace abbian l'opportuna cura, e fa tal dovere d'ordine pubblico: nè perciò poteva lasciare l'obbligazion del tutore senza una garanzia pari all'alto fine giustificante l'istituto della tutela.

La legge romana alla maggior sicurezza dei minori provvedette col *privilegium exigendi*, cui s'unì in seguito la garanzia meglio

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., I, 1172.

Digitized by Google

efficace dell' ipoteca (1), ch' è il rimedio poi conservato nel diritto comune (2): generale come il privilegio, perchè identica n' era la ragion di essere consistente nel favore conceduto alla causa del credito, se valeva meno qual prelazione lo superava peraltro con la realità del rapporto, e con la possibilità di passare negli eredi, a differenza di quanto avveniva pel privilegio: il cui carattere di personale non bene venne asserito all'ipoteca, non osservando ch'era riferito nei fonti al solo privilegio (3), e questo la concession dell'ipoteca non tolse, nè poteva togliere, potendo derivarne in certe contingenze maggior vantaggio al minore. Ma nel diritto comune la trasformazione s'affermò nettamente, e il *privilegium exigendi* sparì al tutto: l'ipoteca legale generale ne tolse il luogo, per via specialmente dell'interpretazion dei testi, parendo ai dottori che la legge dove tal garanzia era instituita, o forse soltanto confermata (4), non statuisse un provvedimento diverso da quello che col nome di « privilegio » appariva nei frammenti.

Pel quale insegnamento, l'ipoteca legale, o tacita (5), introdotta dalla legge romana a sicurtà delle ragioni dei minori avverso il tutore, entrò nella legge odierna: ma non in quell'estensione che la maggior parte degli interpreti le asserì, pel concetto che dove fosse officio di amministrazione (tutela o cura) ivi dovesse pur concorrere la garanzia di tal sicurtà (6): venne difatti limitata alla

---

(1) V. il vol. I, p. 141 e segg. Se il provvedimento dell'ipoteca legale consentito ai minori, sia in realtà più antico della costituzion di Costantino (L. 20 C. *de adm. tut.*, V, 37), è grave dubbio: cons. Balduin., op. cit., c. VII, § 2; Glück, op. cit., § 1088, VII; Dernburg, op. cit., I, § 45, e v. L. 17 C. *h.*, *t.* e L. un. C. *rem al.*, *ger. non interd.*, IV, 53. Senza discutere ora se la costituzione di Costantino abbia soltanto riconosciuto legalmente una pratica invalsa rispetto al modo di garanzia, trasformato per essa da personale (pr. I. *de satisd.*, *tut. vel cur.* I, 24) in reale, certo è secondo i fonti, che la nuova sicurtà s'aggiunse al *privil. exigendi* (L. 25 D. *de tutor. et rat. distr.*, XXVII, 3; L. 19, § 1; L. 20, 21, 22, pr. 23 D. *de reb. auct. iud. poss.*, XLII, 5).

(2) Negusant., op. cit., n. 4, p. 2, nn. 6 e segg.

(3) Coccei., op. cit., l. cit. Cfr. e cons. Glück, op. cit., § cit. e n. cit. in f.

(4) V. la n. 2, 3 a p. 252.

(5) Non tacita come includente una volontà presunta, sibbene perchè determinata dalla sola virtù della legge. In altro senso, ch'è quello meglio rispondente al concetto di *tacita volontà*, si è qui distinta l'ipoteca propriamenle *legale* dell'ipoteca *volontaria tacita*.

(6) Cons. Glück, op. e l. cit.

Digitized by Google

sola tutela ordinata a causa di età o di vizio di mente (1). E con tal restrizione alcune leggi le mantennero pur il carattere che aveva d'ipoteca generale od *occulta*, dispensandola della formalità dell'iscrizione introdotta in omaggio al principio economico-giuridico della pubblicità (2); la legge italiana invece se le mantenne la qualità di *generale* nel senso che il titolo abilitante a *crearla* e *costituirla* possa spiegare la sua virtù su tutte le cose presenti nel patrimonio immobiliare del tutore, e su quelle che vi entreranno in seguito (3), volle che la creazione e costituzion effettiva ne segua giusta le norme comuni dell'ordinamento ipotecario, la specialità cioè e la pubblicità.

140. Con tal distinzione tra la *virtù* del titolo e la costituzion del rapporto ipotecario, la legge patria potè correggere il difetto della *generalità* mantenuta di fronte ai principî ricevuti della specialità e della pubblicità, e sopprimere così ogni residuo dell'antica figura ch'è l'ipoteca occulta: in altro modo *temperò* poi i danni che la *generalità* del titolo rigidamente attuata avrebbe recato al credito dell'onerato (4). Considerò difatti che l'aggiungerla senza moderazion alcuna all'obbligo imposto di accettar la tutela, indurrebbe un peso assai grave: troppo sproporzionato alla mera eventualità del credito garantito, ed alle sicurtà già contenute nelle disposizioni sulle incapacità all'officio tutelare, e la rimozion da esso.

Alle provvidenze ordinate rispetto a tal fine s'è dato or nome di *temperamento*, perchè togliere alla virtù del titolo la caratteristica di *generale* non si poteva, a causa del motivo stesso che determinò la garanzia, e per l'origine storica dell'istituto, ch'è il *privilegium exigendi* trasformato in rapporto reale di sicurtà: ond'è, che pur attuandole, non ne riman lesa nè diminuita in modo alcuno la *potenzialità* del titolo che si riferisce ai beni ipotecabili presenti e futuri, e ne vien sospeso soltanto l'esercizio quando sia certo che da tal sospensione la sicurezza degli interessi del minore non sia esposta a pregiudizio. Giudicare di tal certezza è cómpito affidato alla magistratura famigliare istituita col nome di consiglio di famiglia, a

(1) C. civ., a. 1969; C. civ. fr., a. 2121; C. civ. port. a. 906, 2°; C. civ. del Basso Canadà, a. 2030, 2031; C. civ. del Messico, a. 1990, 2000.

(2) C. civ. fr., a. 2135.

(3) C. civ.. a 1981 e segg.

(4) Agg. pure la n. 2 a pag. 250.

Digitized by Google

fin di vegliare a che la protezione ordinata dalla legge a favor degli incapaci sia diligentemente effettuata: al suo giudizio s'aggiunge qui come in altri gravi casi richiedenti la maggior prudenza, l'intervento dell'autorità giudiziaria con l'*omologazione* (1): e così, pel concorso delle due autorità, famigliare e sociale, ben si mostra il carattere di ordine pubblico spettante alle norme date pel governo della persona e dei beni degli incapaci.

La sospension della virtù della legge considerata qual titolo che dà diritto a *creare* e *costituire* l'ipoteca, può avvenire, secondo il *tempo* in cui è valevolmente ordinata, *prima* che il tutore abbia assunto l'amministrazione, oppur mentr' essa *dura:* e per l'estensione, può essere *totale* o *parziale*. È anteriore, se il tutore sia stato dispensato dal consiglio di famiglia dall'obbligo di dar cauzione o s'egli abbia preferito altro modo di dar sicurtà (2): avvien poi durante l'amministrazione, quando la dispensa (per via di liberazione) od il diverso modo di cautelare gl'interessi del minore seguano in progresso di tutela: è totale se per effetto di qualcuno tra questi due provvedimenti l'attuazion dell'ipoteca legale fosse al tutto sospesa, o venisse autorizzata la cancellazione dell'ipoteca già inscritta (3), mentre è soltanto parziale se la liberazione dall'onere reale di sicurtà non avvenisse per intero.

La qual ultima forma (sospensione parziale) assume le figure speciali di *restrizione* e *riduzione* dell'ipoteca: la prima si riferisce propriamente all'atto del consiglio di famiglia dicente *su quali beni ipotecabili dal tutore* si dovrà inscrivere l'ipoteca legale, ed avvien prima che sia assunta la tutela: ed anche al provvedimento dello stesso consiglio, omologato dal tribunale, per cui dopo seguita l'assunzion della tutela sia ristretta l'iscrizione ad alcuni dei beni già gravati a titolo di sicurtà. La riduzion s'effettua invece per via di provvedimento del tribunale, che, esaminato lo scopo della cauzione e proporzionatane quindi l'entità al valor del credito garantito, può correggere l'esagerazione in cui fosse incorsa la parte interessata a costituirla: e la legge, a fin di evitare che con tal mezzo il vantaggio del gravato si converta in danno del creditore, contrariamente all'equità che si vuol conseguire, fissa i termini per

(1) C. civ., a. 292, in pr.: comb. 1969, 3°.
(2) C. civ., a. cit. 2° al.
(3) C. civ., a. 293, comb. 1969, 3°.

Digitized by Google

cui riman dimostrata la sproporzione tra il credito e la garanzia, ed il diritto a chiederne la correzione. Nella specie, questo mezzo ch'è la riduzione, e di cui si dirà in seguito pel generale riferirsi suo a tutte le cause d'ipoteca legale (1), può esperimentarsi prima dell'assunzion della tutela, e ancor durante l'amministrazione se il consiglio di famiglia, noncurando le instanze del tutore, abbia preso un'iscrizione ipotecaria ch'è esagerata per l'ammontare del credito eventuale, o per la quantità dei beni gravati rimpetto all'entità della ragion garantita: e, a differenza di quanto avvien per la restrizione, si può pronunziare anche dopo cessato l'officio di tutela.

141. Sui quali mezzi è sorto grave dubbio rispetto al sapere se la restrizione si possa validamente ordinare dal consiglio di famiglia in ogni figura di tutela, oppur soltanto per quella ch'è data dal medesimo consiglio (2): e al dubbio darebbe buon motivo il considerare che il poter discretivo del consiglio non par si debba estendere oltre al caso in cui ha facoltà di provvedere alla nomina del tutore, parendo che lo stabilir la cauzione sia atto complementare di tal provvedimento. Ma la difficoltà, specialmente nel diritto italiano (3), non regge: in qualunque modo la nomina del tutore sia avvenuta, al consiglio di famiglia spetta l'incombenza di determinare la cauzione, ed il modo di prestarla, provvedendo a garantir sufficientemente l'interesse del minore senza che ne abbia ingiusto gravame la fortuna del tutore; e tal considerazione, per la sua generalità, s'estende ad ogni maniera di tutela.

142. Più grave è l'esaminare se quando il consiglio di famiglia abbia ristretto l'ipoteca a certi immobili, sia la restrizione avvenuta fin dalla nomina del tutore, o sia stata provveduta durante l'esercizio della tutela, il tutore possa valersi della *riduzione* a fin di diminuire ancora l'onere gravante i beni. E s'è proposto (4) di distinguere tra il caso di restrizion seguita per via di *designazione* individuante gli immobili su cui far consistere la garanzia ipote-

(1) C. civ., a. 2025.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 264 *bis*; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 112 *bis*, II; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1197; cfr. Pont, op. cit., I, 549.

(3) La dottrina francese è difatti condotta sulla disposizione degli art. 2140, 2141.

(4) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, n. 1199.

Digitized by Google

caria, dall'altro in cui siansi *esclusi* da tal forma di sicurtà determinati beni: nella prima ipotesi, l'onere, perchè ristretto a certi beni, verrebbe constituito quasi specialmente: nell'ultima invece, dedotti certi beni, l'ipoteca manterrebbe la generalità sua. Perciò nel primo caso l'ipoteca non sarebbe più riducibile avendo già dalla restrizione come un carattere di convenzionalità, e nel secondo l'eliminazion seguita non le toglierebbe la caratteristica della generalità, e non vieterebbe perciò l'esperimento della riduzione (1): decisione avversata da chi nell'eliminazione scorge la restrizione, e ne deduce che, in qualunque modo questa s'effettui, la possibilità ulteriore di provvedere la *riduzione* ne sia affatto esclusa (2).

Non pare che all'entità dell'ipoteca legale qui studiata convengano l'una e l'altra delle dottrine or descritte: se le premesse da cui derivano fossero esatte, si dovrebbe inferirne che la « *convenzionalità* » dell'atto s'oppone a che in seguito l'ipoteca legale sia estesa ad altri beni oltre i gravati, perchè a quel modo che il provvedimento riveste la figura di costituzion volontaria di sicurtà pel tutore, dovrebbe pure averlo pel minore, i cui interessi son curati dal consiglio di famiglia. Nè si può obbiettare che l'effetto convenzionale del provvedimento esiste pel tutore, non per l'amministrato i cui diritti non si possono restringere oltre i termini legali, onde s'avrebbe qui come un *negotium claudicans:* non si pensa che gli interessi del minore son rappresentati dalla magistratura famigliare ch'è il consiglio di famiglia, avente dalla legge facoltà di *restringere* a certi beni immobili l'ipoteca legale, nè si può quindi ridurre l'efficacia della « convenzione » ad una sola parte, al tutore. La qual conseguenza contraddice pur alla legge, dove consente il potere di restringere od aumentare o togliere la cauzione secondo che al consiglio di famiglia paia conveniente, salva in certi casi, l'omologazion del tribunale (3); la « *restrizione* » non ha perciò entità di provvedimento stabile, definitivo, e come il consiglio di famiglia può variarlo, anche

(1) V. la n. preced.

(2) Perchè riduzione d'ipoteca convenzionale non si ha: C. civ., a. 2025; C. civ. fr., a. 2061.

(3) C. civ., a. 293 cit. La dottrina stessa che pur asserisce la « *convenzionalità* » dell'atto, ritiene ch'esso null'ha d'irrevocabile: Aubry et Rau, op. cit., III, 264 *bis*; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 115 *bis*; Pont, op. cit., I, 532; Thézard, op. cit., n. 121; Guillouard, op. cit., II, 737; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1206.

Digitized by Google

al tutore spetta la facoltà di chiederne la *riduzione*. Non si può contestare che dopo la prima restrizione possa chiederne altra al consiglio, e che possa pur domandare la cancellazion dell'ipoteca se le mutate condizioni dell'amministrazione lo consentano (1): come dunque non potrà chiedere la «*riduzione*» all'autorità giudiziaria competente? Il giudice, dal fatto della consentita restrizione, e dal non esser chiesta la variazione nuova al medesimo consiglio, potrà inferire qualche presunzion contraria alla domanda del tutore, ma ciò non fa che la restrizione provvista s'opponga per virtù sua intrinseca alla riduzione: varrà soltanto, qual circostanza che potrà influire sul convincimento del magistrato.

143. Dichiarato così il carattere dell' ipoteca legale consentita al minore ed all'interdetto sui beni del tutore, e fissata l'entità dei due rimedî posti dalla legge alla *generalità* del titolo producente diritto a costituir il gravame, si può correttamente concludere, che l'esercizio di tal potere è sospeso in alcuni casi determinati, in conseguenza di fatti dove si contenga già la cautela agli interessi dell'amministrato, o che dimostrino come sia del tutto inutile l'esigere tal sicurtà: cosicchè alla mancanza di essi è subordinata la creazione e costituzione dell'ipoteca. Dei quali fatti, la seconda maniera si riferisce specialmente alla dispensa dall'obbligo di dar cauzione: che dov'è ordinata dalla legge (che tutore sia l'avo paterno o materno) non è *soggetta* a revoca totale o parziale, e allora non soltanto sospende, ma elimina affatto il diritto alla cauzione.

144. L'obbligazion di dar sicurtà per via dell' ipoteca legale or descritta è imposta al *tutore* (2), e siccome gli oneri costituiti dalla legge non si debbono estendere oltre ai casi, per cui manifestamente s' è voluto restringerne la nascita (regola qui confortata dall' analogia strettissima tra l' ipoteca legale propria ed il privilegio non estendibile ad esempio), così il diritto a tal sicurtà è conferito *a chi si trovi in istato di tutela, e rispetto al tutore* (3). La garanzia

(1) C. civ., a. 293 cit.

(2) C. civ., a. 1969, 3° cit.

(3) C. civ., a. cit., Cons. Duranton, op. cit., XIX, 213; Aubry et Rau, op. cit., III, § 264 *bis*; Laurent, op. cit., XXX, 269; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 82 *bis*, IV; Zachariæ-Crome, op. e § cit.; Huc, op. cit., XIII (Par. 1900) 182 e segg.; Bianchi, op. cit., 93 e segg.; Troplong, op. cit., II, 422; Pont, op. cit., I, 497;

Digitized by Google

si riferisce dunque particolarmente alla tutela, nè si può estendere la legge che l'ordina, agli altri casi in cui una persona per ragion di età o d'infermità mentale sia soggetta all'autorità altrui, non essendo questo sol fatto sufficiente a darvi nascita, ed occorrendo a ciò la figura giuridica della *tutela;* cosicchè alla prestazion di tal sicurtà non è tenuto il protutore; non il *curatore* (1); non il *curatore speciale* che per certe incombenze fosse dato al minore; non il *genitore* che amministri i beni dei figli minori (2), non il *curatore* nominato dal testatore per l'amministrazion dei beni lasciati ad un minore soggetto alla patria potestà (3). In questi casi la condizion dell'amministrato è tale, da non abbisognare garanzia d'ipoteca perchè sia assicurata la regolarità della gestione; nella *cura* l'incapacità dell'amministrato è soltanto parziale, e l'azion del curatore è vôlta ad assisterlo, non ad integrarne la personalità, nè per gli atti di maggior entità è poi sufficiente la deliberazion sua, abbisognando pure l'omologazione dell'autorità giudiziaria; dove poi occorre la *cura* speciale, l'intervento del curatore è ben limitato, e la possibilità di pregiudizio è tolta dalla vigilanza del genitore (come avvien se il minore fosse istituito erede con la nomina del curatore per la sostanza ereditaria), o da quella del consiglio di famiglia; negli altri casi, se l'amministrazion sia tenuta dal genitore, il vincolo naturale dell'affetto, e la garanzia ordinata per gli atti dispositivi son parsi alla legge sicurtà sufficiente; e se fosse affidata ad altri, la vigilanza dei parenti e dell'autorità giudiziaria, e le cautele speciali ordinate, son guarentigia di corretta amministrazione.

Di queste *cautele speciali* che siano ordinate nell'atto di nomina dell'amministratore *da chi ne ha per legge il potere*, si dirà in seguito, ponendo in rilievo le differenze che separano siffatta ragion di garanzia dall'ipoteca legale, sebbene il fine ne sia identico, riferendosi entrambe alla regolarità della gestione: qui basti osservare, che l'ipoteca legale ordinata a garanzia della sola amministrazion tutelare non può essere estesa dall'interprete ad altri casi.

Thézard, op. cit., 116; Guillouard, op. cit., II, 715; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1179; Fréminville, *Tr. de la minorité et de la tutèle* (Paris, 1846, II, 1124).

(1) V. gli aut. cit. nella n. precedente.

(2) V. la n. preced. C. civ., a. 224.

(3) C. civ., a. 247.

Digitized by Google

Ma oltre tal restrizione, imposta dalla lettera e dalla ragion della legge, non si può inferirne altra dalle varie cause per cui la tutela si apre (1); cosicchè è tenuto a prestar questa garanzia il tutore nominato o dato al minore non emancipato, e vi è pur tenuto il tutore dato all'interdetto, senza distinguere se l'interdizione abbia causa nello stato di mente, oppure in condanna giudiziale provocante lo stato d'incapacità.

145. Alla compiuta determinazion della regola posta, occorre ancora d'indagare due punti che possono dar luogo a dubbio. Quello che ha minor gravità, si riferisce alla « *tutela legale* » ordinata dalla legge in materia di filiazion (famiglia) naturale, derivando dal riconoscimento al genitore, od ai genitori, questo poter di tutela sui figli riconosciuti (2): e siccome s'è detto che l'ipoteca legale è garanzia ristrettasi alla sola tutela, ma che occorre dovunque si abbia « *tutela* », parrebbe che nel caso or descritto il genitore ch'eserciti la tutela legale sia obbligato a prestarla, non essendone egli espressamente dispensato. Dubbio mal fondato: la regola esposta si riferisce alla « tutela propriamente detta », non a questa ch'è detta dalla legge «tutela» per solo riguardo alla famiglia naturale-legittima; il vincolo di famiglia ch'è tra chi compie il riconoscimento e la prole, genera rispetto ai figli minori pressochè gli identici diritti e doveri componenti la potestà patria, identica essendo in ambi gli istituti la ragion della dipendenza. Quindi non vera *tutela* si ha: bensì *patria potestà* coordinata all'istituto della famiglia naturale, e le due figure s'escludono, nè la denominazione adoperata dalla legge può indurre confusione nell'entità diversa che li separa; così, sebben « tutela » sia detta tal relazione di dipendenza famigliare, il contenuto vi è ben distinto da quello ch'è nella tutela avente la ga-

---

(1) Perchè in ogni caso s'ha l'*officium administrationis tutoris* (L. 20 C. *de adm. tut.*, V, 87). Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 264*bis*; Pont, op. cit., I, 491; Thézard, op. cit., n. 117; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1183 e seg. In conseguenza, se non vi sia dispensa, l'obbligo della cauzione, e però l'ipoteca legale, esiste anche nel caso di tutore dato ai minori ammessi negli ospizi a qualsivoglia titolo, e sotto qualsiasi denominazione (Cod. civ., a. 262); la legge francese 24 luglio 1889 sulla protezion dell'infanzia maltrattata o moralmente abbandonata dà (a. 10) giustamente un potere discretivo all'autorità giudiziaria.

(2) C. civ., a. 184.

Digitized by Google

ranzia dell'ipoteca legale. Nè rileva se la dottrina francese, argomentando dalla lettera della legge, insegna che son soggetti all'ipoteca legale i beni della madre *tutrice*, per la gestion posteriore alle nuove nozze contratte senza previa convocazione del consiglio di famiglia, quantunque, per la sua entità, questa tutela meglio che della tutela propriamente detta, abbia della patria potestà (1); di tal dottrina si può ben dubitare a ragion delle considerazioni or esposte: s'aggiunga, che la legge italiana determina meglio il rapporto cui accede l'ipoteca, col rinvio che fa alle disposizioni regolanti la cauzione nel caso di *tutela* propriamente detta (2).

146. Maggior gravità ha l'altro dubbio. Se l'amministratore pur non essendo tutore vero, agisce in tal qualità s'avrà il rapporto di tutela, e quindi l'ipoteca legale a garanzia dell'amministrato? La dottrina invalsa nel diritto comune (3), traendone motivo di decidere dalle fonti (4), dava l'ipoteca anche sui beni di chi agisse *pro tutore:* come la sicurtà legale era vôlta a garantire la correttezza dell'amministrazione, il *fatto* del tenerla, l'officio di amministratore eran titolo sufficiente a darle nascita, nè abbisognava ricercar pure se la *qualità* di tutore esistesse in realtà nell'agente: non contro il *tutore* come tale, sibbene quale *amministratore* della fortuna del pupillo, spettava la ragion d'ipoteca. Nel diritto odierno si dubita assai se tal estensione sia possibile, e nella dottrina francese di

(1) La decisione è specialmente condotta sulla lettera della legge (C. civ. fr., a, 395), in Demolombe, *Tr. de la minor.* (*Cours de C. Napol.*, ed. cit., VIII) I, 120; Marcadé, op. cit. s. l'art. 595; Aubry et Rau, op. cit. III, § 264; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 82*bis*, III; Pont, op. cit., I, 500; Thézard, op. cit., n. 117; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 187; e l'opposizione che vi è fatta è dedotta dal considerare che la madre passata a seconde nozze senza aver prima convocato il consiglio di famiglia, è decaduta dalla *tutela;* Laurent, op. cit., XXX, 264.

(2) C. civ., a. 1969, 3° cit., rinviante agli art. 292, 293. Bianchi, op. cit., 99.

(3) Così, tenendo l'opinione della *Glossa* (in L. 20 C. cit.) Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, n. 7; Rodrig., op. cit., p. 1, a. 4, n. 22; Acosta, op. cit., reg. 3, *ampl.* 1, n. 15; Surd., *De aliment.* (Venet. 1602) t. 9, q. 14, n. 6; Mantica, op. cit., l. XI, t. 16, n. 8; ev. Glück, op. cit., l. cit.; Brodeau s. Louet, op. cit., 23; Basnage, op. cit., c. VI; Pothier, op. cit., c. I, sez. 1ª, a. 3.

(4) Certo, par che la L. 20 cit. si riferisca sì all' « *officium administrationis* », ma in quanto sia tenuto dal *tutor;* ma l'ordinamento intero sulla causa e l'estensione di quest'ipoteca dev'essere pur dedotto dalle L. 3 D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3; L. 4 D. *de eo qui pro tut. ger.* XXVII, 5; e L. un. § 1 C. *de rei uxo. a.*, V, 13.

Digitized by Google

fronte alla teoria che vorrebbe mantenere, nel silenzio della legge, la teoria tradizionale, è fortemente sôrto l'avviso contrario fondato in special modo sul rispetto alla buona fede dei terzi intorno la condizion patrimoniale del falso tutore: obbiezione grave, perchè non occorrendo qui la pubblicità dell'ipoteca, i terzi non edotti del gravame sui beni ipotecabili di chi agisce *pro tutore*, e sapendo d'altra parte ch'egli tutore non è, posson credere giustamente che sian liberi beni ipotecati per via della gestion tutelare (1). Rispetto alla legge italiana tal obbiezione non ha valore, ordinato com'è in via generalissima il principio della pubblicità ipotecaria; ma siccome nella determinazion dell'ipoteca deve concorrere la deliberazione del consiglio di famiglia, che la legge espressamente esige (2), non par sia possibile l'ipoteca sui beni di chi *pro tutore gerit*, ben dovendo il consiglio esaminare e conoscere s'egli sia davvero tutore.

Badisi a non esagerar l'importanza di questo riflesso, togliendolo a ragion di decidere: se, pur non essendovi motivo di esimere chi *pro tutore gerit* dall'obbligazione incombente al vero tutore (3), la necessità che il consiglio di famiglia determini circa i beni che si debbono assoggettare all'ipoteca, rende quasi impossibile che rispetto al falso tutore ciò s'effettui, è parimenti vero che non sempre ciò avviene; il consiglio può ritenere che il tutore di fatto sia tutore vero, per la qualità non contradetta ch'egli s'asserisce (se in buona o mala fede, non importa), e se così determina su quali beni l'ipoteca legale dovrà essere iscritta, non par dubbio che rimanga valevolmente constituita (4).

S'andrebbe dunque in equivoco non giustificabile, quando dalla necessità della determinazione ora descritta, s'argomentasse che secondo la legge italiana la question dell'ipoteca sui beni del falso tutore non sia proponibile. Certo, se tal garanzia fosse imposta a chi esercita l'ufficio di tutore, non s'intende per qual modo chi non lo è

(1) Aubry et Rau, op. cit., III, § 264; Huc, op. cit., XIII, 183; Thézard, op. cit., 116; Guillouard, op. cit., II, 720; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1182. Cfr. Demolombe, op. cit. I, 390; Pont, op. cit., I, 500.

(2) C. civ., a. 292, 293, 1969, 3° cit. Bianchi, op. cit., 94.

(3) È appunto l'argomento principale tenuto nel nostro diritto comune: v. gli Aut. cit. nella n. 1 a p. preced.

(4) E in questa decisione non s'estende malamente la legge, perchè esiste un *tutore*, sebben soltanto apparente, e la determinazione dei beni fatta dal consiglio di famiglia, fissa i beni su cui l'ipoteca dev'essere inscritta: ogni tutore, è obbligato in tal qualità per la sua gestione. C. civ., a. 302.

Digitized by Google

e pur opera come se lo fosse, ne sia invece esente: onde ben s'inferisce che il fatto dell'*amministrazione* è il sostrato dell'ordinamento che impone la sicurtà ipotecaria; ma la necessità della determinazione richiesta può nel fatto impedire la costituzion dell'ipoteca, perchè il consiglio, conoscendo la falsa qualità asseritasi dal tutore, deve impedire che tal irregolarità continui: se invece procedesse a determinare i beni ipotecabili, rimarrebbe tolto l'ostacolo alla costituzion dell'onere. Nè rileva poi che non sia in buona fede rispetto alla falsa qualità del tutore: senza ricorrere, a fin di giustificar qui l'esistenza della sicurtà reale, alla figura dell'*ipoteca volontaria*, supponendo che il fatto del non aver preferito altro modo di dar cauzione induca la volontà del falso tutore di consentir l'onere sugli immobili determinati dal consiglio, si può ben dire che l'ipoteca legale colpisce i beni di chi esercita l'*officio* di tutore. La determinazion cioè dei beni su cui dovrà essere constituita, potrà *impedire* ch'essa sorga a carico del tutore apparente, ma non induce il *divieto legale* di costituirla: se il consiglio vi procede senza preoccuparsi della *qualità* effettiva del tutore, cessa l'ostacolo, e l'ipoteca legale nasce (1).

147. La ragion dell'ipoteca spettante ai minori ed agli interdetti, dichiara agevolmente quali siano i crediti che per essa han garanzia: ordinata com'è per la corretta amministrazion delle sostanze di questi incapaci, estende la sua sicurtà ad ogni credito che derivi a carico del tutore dalla gestione non regolarmente tenuta, e soltanto ai crediti che abbiano tale origine. Perciò, se il tutore fosse rimasto in debito nei conti parziali; o se avesse distratto a proprio vantaggio cose contenute o cadenti nel patrimonio dell'amministrato; se non avesse curata l'esazion di crediti scaduti; se in qualunque modo, per trascuratezza a lui imputabile, avesse danneggiato gl'interessi che dovea difendere, lasciando compiere prescrizioni dannose all'incapace (2), oppur non provvedendo alle forma-

(1) V. la n. preced.

(2) Cons. in generale su questa e le altre decisioni riferite nel testo, MERLIN; *Rép.* cit., v. *hypoth.*, sez. 2ª, § 3, a. 4, n. 3; DURANTON, op. cit., XIX, 317 e segg.; AUBRY et RAU, op. cit., III, § 264bis; LAURENT, op. cit., XXX, 273 e segg.; HUC, op. cit., XIII, 185; TROPLONG, op. cit., II, 427 e segg.; PONT, op. cit., I, 301 e segg.; THÉZARD, op. cit., 119; GUILLOUARD, op. cit., II, 723 e segg.; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 1189 e segg.

Digitized by Google

lità occorrenti per l'accettazion di eredità a questo devolute (1), o di donazioni da lui stesso fatte all'amministrato durante la tutela (2), incomberà a lui l'obbligazion di risarcire; e questi *crediti* derivanti dall'indennità dovuta a causa della colpa occorsa nella gestion dell'officio, son garantiti dall'ipoteca legale.

Che se la ragion di credito dell'incapace verso il suo tutore derivasse da altra causa, non vi si potrebbe estendere tal sicurtà, che verrebbe altrimenti distratta dal fine ch'ebbe la legge nell'instituirla, generando così, contrariamente alla norma interpretativa esposta, l'applicazion del provvedimento a casi non compresi nei termini che lo governano: il credito che indipendentemente dalla gestion tutelare esistesse nel patrimonio dell'amministrato contro il *tutore* non è credito attenente all'officio, non esiste cioè contro il *tutore* per tal sua qualità: purchè durante l'amministrazione non avvenga tal fatto per cui necessariamente debba riferirvisi. Come avverrebbe, se il *credito* fosse già esigibile quando il tutore debitore assunse l'officio, o fosse diventato esigibile durante la gestione: allora, incombendo al tutore il dover di esigere, il non aver esatto (da sè stesso, mediante il pagamento), è *colpa* di cui, qual amministratore, deve rispondere. Il credito connettendosi cioè alla *gestione*, è diventato debito dell'*amministratore*, ed è garantito dall'ipoteca (3).

148. Il criterio descritto, fissa il credito garantito *nel risultato passivo del conto finale, e degli interessi* (4), e determina il *tempo* in cui il credito dev'essere nato, affinchè sia compreso nella sicurtà: col dire che questa s'estende a qualunque credito derivi dalla gestione, s'intende già che il *tempo* per cui è durato l'*officio* del tutore, è pur il termine utile alla nascita dei crediti provvisti dell'ipoteca. Che se nonostante la cessazion dall'officio il tutore con-

(1) V. la n. preced.

(2) V. la n. preced.

(3) Cons. Duranton, op. cit., XIX, 317; Aubry et Rau, op. e § cit.; Zachariæ-Crome, op. e § cit.; Demolombe, op. cit., VIII, 27; Colmet de Santerre, op. cit., X, 81 *bis* I; Laurent, op. cit., XXX, 273; Pont, op. cit., I, 501; Martou, op. cit., II, 785; Troplong, op. cit., II, 427; Thézard, op. cit., n. 119; Guillouard, op. cit., II, 727; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1189. La risoluzione si applica senza difficoltà al caso di donazion di valori, fatta dal tutore al minore durante la tutela.

(4) C. civ., a. 302; 308, 2010.

Digitized by Google

tinui l'amministrazione, il credito d'indennità che da ciò derivasse a suo carico, parrebbe estraneo alla gestion tutelare, e quindi non garantito dalla sicurtà: ma, a fin di coordinare questa risoluzione con quella dianzi accolta rispetto al tutore di fatto, occorre distinguere. O l'officio del tutore è cessato senza che sia cessata l'incapacità dell'amministrato, e il fatto che il tutore scaduto continui la gestione può indurre con la figura del « falso tutore » la garanzia ipotecaria per l'amministrazion colposamente tenuta: s'intende, che in tal caso la colpa dovrebb'essere regolata con altro indice misuratore da quel che avviene per la tutela normale (1), eccezion fatta pel caso di tutore che in buona fede credesse di esser tale, e per tale fosse ritenuto. O la tutela finisce per la cessazion dello stato d'incapacità e la figura della « *tutela di fatto* » non è possibile: col termine dell'officio, il tutore che continui l'amministrazione è soltanto gestor di negozio, oppure, se v'è stata resa di conti, mandatario tacito: nè l'obbligazion derivantegli dalla resa dei conti, o da responsabilità in cui fosse incorso, può essere allor garantita dall'ipoteca concessa pei crediti tutelari, perchè se nell'ipotesi di tutela di fatto l'estension della sicurtà è appieno giustificabile, qui non s'avrebbe modo alcuno di legittimarla. L'officio è venuto meno per la fine dell'incapacità, e l'amministratore non può conservare in fatto una qualità che per la ragion delle cose è giuridicamente impossibile.

S'è osservato(2), che la severità della decisione dev'essere moderata quando la continuazion della gestione sia imposta da necessità di ultimare o dar consistenza ad affari incominciati, suggerendo qui l'interesse del minore di considerar l'atto come posto in essere dal *tutore*, perchè certo non subito escito di tutela potrà l'amministrato occuparsi degli affari suoi; ragioni di equità, che non consentono una

---

(1) Cons. e cfr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1193. Altro è vedere, se il credito, sebbene nato posteriormente alla fine della tutela, si connetta successivamente alla gestione: chè allora non è dubbio sia garantito dall'ipoteca legale. Cons. Cass. fr. 9 gennaio 1855 (*J. du Pal.* 1856, 305).

(2) V. la n. preced. Non par invece discutibile l'estendersi dell'ipoteca legale al credito risultante dalla correzione fatta in tempo utile, al conto definito, e saldato, della gestion tutelare: il pagamento del reliquato non estingue l'ipoteca, salvi i diritti valevolmente acquistati e conservati dai terzi dopo la cancellazione. Cons. Cass. fr. 9 ag. 1882 (*J. du Pal.* 1883, I, 1025). V. Aubry et Rau, op. cit., § 264*bis*; Demolombe, op. cit., VIII, 140 e seg.; Zachariæ-Crome, op. cit., § cit.; Troplong, op. cit., IV, 882; Pont, op. cit., I, 502; Guillouard, op. cit., II, 728.

Digitized by Google

risoluzione al tutto contraria alla legge. Se, giusta l'ordinamento che questa dà alla tutela, l'officio del tutore è cessato col termine dell'incapacità, davvero si può pensar la continuazion di una qualità contraddicente al nuovo stato della persona amministrata? Altro sarebbe il caso di errore occorso nel determinare il tempo in cui tal cangiamento dovea seguire, come avverrebbe se, rettificato l'atto di nascita, la maggior età si dovesse restituire ad un tempo anteriore a quello che prima della rettifica si sarebbe dovuto fissare: gli atti compiuti dal tutore nell'intervallo son atti di tutela, perchè la dichiarazione inesatta produceva, con l'incapacità dell'amministrato, la necessità dell'officio tutelare, e il retrotrarsi della data non toglie a tali atti la qualifica che ad essi veniva dallo stato di chi per minore comunemente era tenuto: nè per l'ipoteca importa la mala fede del tutore. Ma all'infuori di questo caso, cessata l'incapacità cessa senz'altro l'officio di tutore, e quindi la ragion dell'ipoteca legale: e se il tutore continui la gestione è soltanto amministratore volontario, perchè la qualità di rappresentante « *legale* » è tolta nel punto in cui la legge pon termine alla protezione sua verso l'incapace.

149. I beni sui quali può essere iscritta l'ipoteca consentita al minore ed all'interdetto, son quelli che dal consiglio di famiglia, come gli è imposto dalla legge, sian determinati ad oggetto di tal sicurtà (1): e secondo che siasi da principio rinunziato a questo modo di cauzione, e venga richiesto in seguito, oppure siasi dapprima limitata l'ipoteca a certi beni e venga poi estesa ad altri, la determinazione può cadere soltanto sui beni esistenti nel patrimonio del tutore al momento in cui vien fatta, e che son oggetto idoneo d'ipoteca. S'è fatta questione se questa si possa iscrivere su beni

(1) Cfr. Cass. fr. 16 apr. (*J. du P.*, 1892, I, 389); Duranton, op. cit., XIX, 526; Demolombe, op. cit., VIII, 88 e segg.; Pont, op. cit., I, 509; Guillouard, op. cit., II, 695; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1194. La risoluzione accolta nel testo è condotta sull'ordinamento che presiede alla costituzion dell'ipoteca legale, riferendosi espressamente l'art. 1969 del C. civ., agli art. 292, 293, dov'è regolata la funzione del consiglio di famiglia; sui beni pervenuti al tutore posteriormente alla fine della tutela, si potrà iscrivere l'ipoteca giudiziale. Altrimenti si dovrebbe decidere se, contrariamente alla costruzion proposta, intorno la *generalità* dell'ipoteca legale, questa si dovesse riferire *a tutto il patrimonio ipotecabile;* chè allora non sarebbe più giustificabile la distinzione intorno al *momento* dell'acquisto.

Digitized by Google

spettanti agli eredi (non beneficiarî) del tutore, parendo che per via della confusion dei patrimonî il privilegio, ch'è il fondamento e la ragione storica dell'ipoteca descritta, debba insistere su tutti i beni componenti il patrimonio cui inerisce l' obbligazione che s' infigge sul patrimonio dell' erede, senza distinguere (di regola) tra i beni personali suoi e quelli pervenutigli per l'eredità. Il dubbio non ha seria ragion di essere: a parte l'ostacolo proveniente dall' ordinamento legale con la *determinazione* dei beni ipotecabili cui il consiglio di famiglia deve procedere, e riferentesi certo ai beni che il tutore ha durante l'officio suo; chiaro è, che pur passando l'*obbligazione* agli eredi, il vincolo reale di sicurtà non può colpire se non i beni già spettanti al tutore, gravando soltanto su di essi l'onere imposto dalla legge. La trasmission del rapporto obbligatorio, non è dunque per sè ragion sufficiente a che sui beni dell'erede s'estenda pure il diritto a costituire la sicurtà reale, che, per la sua accessorietà, non è termine essenziale all'esistenza ed al passaggio dell'obbligazion garantita: la restrizione dell'ipoteca ai beni del tutore è nella legge che la crea, e mal si può estenderla oltre i limiti in cui n'è contenuta l'origine.

§ 1 *bis*.

Di altri casi di garanzia statuita per ragion di amministrazione, e ch'è distinta dall'ipoteca legale.

SOMMARIO. — **150**. Quali essi siano.

150. La legge, a completare l'ordinamento suo rispetto alla tutela, ed a fissare nell'istituto la caratteristica di pubblico dovere, ha concesso all'amministrato l' ipoteca ch'è stata descritta: ma in parecchie contingenze provvede all'amministrazion del patrimonio, o di cose talvolta spettanti a persone incapaci per ragion di età, tal altra a persone capaci, e non ordina che l'amministratore dia la sicurtà ipotecaria: bensì concede all' autorità giudiziaria, o ad altre persone, la facoltà di obbligarlo a dar garanzia, attribuendo con ciò il potere d'imporre a tal fine la costituzion dell'ipoteca. L'autorità può difatti obbligar gl' immessi provvisoriamente nel patrimonio dell'as-

Digitized by Google

sente, a prestare cauzione in tal modo (1); può ordinarlo qual provvedimento a carico del genitore che abusi della patria potestà (2); può del pari farne imposizione al marito, cui giustamente si chiegga di cautelare la dote (3); il padre che lasci figli minori, può per testamento od altro atto autentico imporre alla moglie condizioni speciali per l'amministrazion dei beni (4), nè v'è dubbio che possa ordinare di dar sicurtà con ipoteca; ora, in questi casi, ed in altri descritti nella legge civile ed in leggi speciali, s'ha la possibilità d'imporre la costituzion dell'ipoteca qual cautela di corretta amministrazione.

Ma certo, nessuna affinità, all'infuori di quella consistente nell'analogia dello scopo ch'è di garantire l'amministrazione affidata, esiste tra il provvedimento così ordinato e quello ch'è dettato dalla legge a favor dei minori e degli interdetti sui beni del tutore: quest'ultimo è legale in senso proprio, diretto, e conservando qualcosa della caratteristica del privilegio, è *generale*, potendosi imporre l'ipoteca sui beni idonei costituenti il patrimonio dell'obbligato dal giorno in cui comincia l'officio tutelare al momento in cui esso ha termine; l'altro invece è *cautela* che, secondo la facoltà attribuita dalla legge, può essere imposta dal magistrato, o dal padre investito dell'autorità famigliare. Non s'è dunque in tema d'*ipoteca giudiziale* propriamente detta, se il giudice ordina sia la cauzione fornita con la sicurtà ipotecaria, e tanto meno in tema d'*ipoteca legale* se il giudice od il genitore ne statuiscano la creazione: non la *legge*, per sè, o per virtù che attribuisca agli atti or descritti, è qui ragion diretta della creazione dell'*ipoteca*, riducendosi l'ordinamento suo a dar facoltà d'imporre in genere garanzie valevoli a cautelare determinati interessi. Se chi ne ha il diritto presceglie tra i modi possibili di sicurtà questo dell'*ipoteca*, procede, è vero, abilitato a ciò dalla legge, ma questa s'è ristretta a fissar l'obbligo di dar cautela: ciò ch'essa ha voluto è dunque non la forma speciale, sibbene la *garanzia*, che può esplicarsi con la forma di malleveria personale oppure con l'altra di sicurtà reale.

---

(1) C. civ., a. 27.
(2) C. civ., a. 233.
(3) C. civ., a. 1400.
(4) C. civ., a. 235.

Digitized by Google

§ 2.

L'ipoteca legale della donna maritata.

SOMMARIO. — **151-152.** Ragion di questa sicurtà — **153.** Generalità dell'ipoteca. — **154.** Cont. — **155.** Ragioni garantite. Dote: lucri dotali. — **156.** Accessorî del credito derivante da ragione dotale. Interessi. Vesti ed alimenti durante l'anno di lutto. — **157.** Cont. — **158.** Credito di alimenti. — **159.** Spillatico. — **160.** Determinazione del credito. — **161.** Beni sui quali cade l'ipoteca legale. — **162.** In qual tempo son considerati come idonei a sostenerla. — **163.** Cont. — **164.** Cont. — **165.** Cont. Beni soggetti a condizion risolutiva. — **166.** Beni del marito commerciante. — **167.** Cont. — **168.** Cont. — **169.** Fallimento. — **170.** Cont. — **171.** Cont. — **172.** Restrizione dell'ipoteca legale. Riduzione. Rinuncia. — **173.** Cont. — **174.** Invalidità. Matrimonio putativo.

151. Dell'ipoteca legale ordinata a favor della causa dotale (*dote, beni dotali*) varia è la ragion di essere, che si rileva di su i fonti, e le ricerche dottrinali: all'ordinamento odierno (1) si suol dare a motivo la benevola e doverosa considerazion verso la donna, che, senza pericolo di rompere le trattative conducenti al matrimonio, in molti casi non s'attenterebbe a chiedere al futuro coniuge le garanzie valevoli ad assicurar la sua dote, mal conciliandosi questo senso di sfiducia col fatto di affidare allo sposo il proprio avvenire (2): motivo insufficiente e vano, perchè del garantire la dote non si può offendere, chi pensi seriamente al matrimonio ed alla famiglia che per esso vien constituita. Più semplice ed esatta è la ragion della legge quale si può dedurla dalla sua storia: il diritto romano avea già introdotto a favor del credito dotale un « *privilegium dotis* » (3), mosso a ciò dalle medesime considerazioni sociali giustificanti il divieto di alienar la dote, riferentisi alla facilità che le donne dotate ne aveano di andare a nozze (4), ed alla *destinazione* stessa del « *patrimonio dotale* ». Le due ragioni difatti non s'elidono, e stanno entrambe a spiegazion del privilegio: l'inte-

(1) C. civ., a. 1969, 2°.

(2) Cons. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 973,

(3) Arg. L. 74 D. *de i. dot.* XXIII, 3; L. 1 D. *Sol. matr.*, XXIV, 3; l. 16 D. *de reb. auct. iur. possid.*, XLII, 5; e v. L. *un.* C. *de privil. dot.*, VII, 74. Cons. DERNBURG, op. cit., I.

(4) POMP. in L. 1 D. *sol. matr.* cit.

Digitized by Google

resse pubblico induceva a favorir l'aumento dei matrimonî, pel fatto che allo sviluppo costantemente progressivo della popolazione s'asseriva la ragion di grandezza della società politica, e suggeriva quei temperamenti, che, assicurando la dote quale azienda patrimoniale della famiglia, erano insieme guarentigia di pace e di benessere domestico, e di tranquillità ed agiatezza sociale. Nella dote era cioè come una doppia *destinazione:* l'assicurare i doveri incombenti alla costituzion della famiglia, e disporre favorevolmente gli animi al vincolo matrimoniale: e perchè nel privilegio è il favor legale consentito alle ragioni di credito degne di special considerazione, la causa della dote, per tale destinazion sua sorpassante il semplice interesse particolare, parve meritevolissima di tanta distinzione.

Che dalla pratica giudiziaria il « *privilegium dotis* » ripeta la sua origine, si può anche supporre (1): la ragion dell'istituto non ne rimane alterata, chè anzi il risultato dimostrerebbe come la sentenza: « *dotium causa semper et ubique praecipua est, nam* « *et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas* « *esse foeminas ad sobolem procreandam replendamque liberis* « *civitatem maxime sit necessarium* » (2) fosse viva nella coscienza pubblica. Ma il privilegio, a causa della *personalità* sua, era garanzia incompleta, e pel numero dei creditori contro ai quali si poteva opporre, e per la non trasmessibilità sua agli eredi: perciò, integrandolo in giusto consenso alla ragion che lo giustificava, la legislazione giustinianea lo trasformò in *ipoteca* legale (3), quantunque alla prevalente considerazion di pubblico interesse che avea suggerito il provvedimento così trasformato in meglio, siasi in esso aggiunto, e quasi sovrapposto, un concetto più ristretto. Com'è caratteristica dell'opera legislativa giustinianea, dov'è « *riparatrice* » secondo le nuova idealità, pur in questa trasformazione domina il sentimento umano del favore verso la debolezza del sesso, della protezion verso la donna che sè e le sostanze sue affida al marito: « *ad fragilitatem mulierum respicientes,..... quod et corpore et substantia et omni vita sua maritus fungetur* »; « *quis enim earum non misereatur, propter obsequia quae maritis praestant,*

(1) V. Glück, op. cit., XIX, § 1088; Dernburg, op. e §. cit.
(2) Pomp., L. cit.
(3) L. *un.* C. *de r. ux. act.* V, 13.

Digitized by Google

propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem? » (1). La qual benevolenza venne spinta a segno, da non parer più sufficiente la trasmutazion del privilegio in ipoteca legale, che venne accresciuta in « *privilegiata* » (2): questione che ha soltanto una remota importanza storica.

152. A dichiarazion del diritto odierno occorre avvertire, che dove il sentimento di protezione verso la donna operò assai a determinare il favore della *causa dotis*, l'ordinamento legale, seguendo l'ampiezza del motivo che l'avea eccitato, comprese in benigna considerazione non soltanto il credito nascente dalla *dote* o dai *lucri dotali*, ma ogni credito derivante dalle convenzioni matrimoniali (3): dove invece, come avvien della legge patria, la sicurezza della *dote* è voluta sì per l'interesse della moglie, ma specialmente per la destinazion che l'istituto dotale ha, le due guarentigie dell'inalienabilità e dell'ipoteca legale son poste quasi a corregger l'ampiezza di potere conferito sulla dote al marito amministratore, tutelando in pari tempo il fine speciale all'istituto, ch'eccede dai soli termini del privato interesse (4). E che in tale identica considerazion del fine s'incontri la ragion di essere delle due sicurtà, si scorge pure in ciò: che la volontà degli interessati, dominando la costituzion del rapporto, è interamente libera nel dargli norma, cosicchè nella nascita di esso la considerazion del privato interesse prevale al tutto su quello del fine attenente alla ragion famigliare; le parti come possono convenire di rinunziare all'*inalienabilità*, par che siano egualmente libere di togliere la sicurtà dell'ipoteca legale (5). In questo momento la figura della *convenzione* signoreggia,

(1) L. 12 C. *qui pot.*, VIII, 17.

(2) L. cit. nella n. preced.

(3) C. civ. fr., a. 2121. Il diritto comune aveva di già esteso l'ipoteca legale (arg. L. 11 C. *de pact. conv.* V. 14) a garantire i beni parafernali della moglie; Negusant., op. cit., p. II, m. IV, n. 63; Rodrig., op. cit., p. I, art. 1, 146; Acosta, op. cit., *reg.* 2, ampl. 6, nº 326, 341; Mantica, *De tacit.*, cit., l. XI, t. 26, n. 48: De Luca, op. cit., *de dot.* disc. 168, n. 7, 13 e segg.; Glück, op. cit., XIX, § cit. IV.

(4) C. civ. cit., a. 1969 cit. Più estesa era la dizione (riferentesi anche alle *convenzioni matrimoniali*) del C. civ. parm., a 2171; dell'est., a. 2165; del sardo, a. 2170. V. in seg. t. e n.

(5) *Pare*, è detto nel testo; la questione, che non dev' essere risoluta argomentando soltanto dal modo con cui la *volontà* interviene a regolare i rapporti patrimoniali, ma anche dal *fine speciale* che l'ipoteca ha, sarà esaminata a suo luogo.

Digitized by Google

e per essa la libertà che ne deriva ai contraenti: e a quel modo che pel fine prevalente dell'interesse famigliare, può in seguito ottenersi con l'intervento dell'autorità giudiziaria l'alienazion della dote (1), può seguire negli stessi termini la rinuncia all'ipoteca, che pel suo fine è considerata qual ragion dotale.

153. Questa considerazione determina l'entità speciale della sicurtà: il provvedimento è ordinato dalla legge, spinta a ciò da favore particolare verso la causa del matrimonio, e quindi verso la ragion del credito garantito, ma la *volontà*, regolando i rapporti patrimoniali ch'essa intende di costituire rispetto all'union coniugale, è al tutto arbitra di modificarlo o di toglierlo: la libertà del volere è assicurata nella formazion del coniugio, ed è egualmente rispettata nelle convenzioni che vi si riferiscono pei beni. Parrebbe anzi, che quest'ultima sia garantita perchè quella sia circondata di maggior sicurtà, potendo avvenire che una legge precettiva sulle ragioni patrimoniali opponga difficoltà non vincibili all'union di persone avvicinate dall'affetto, ch'è il miglior pegno della felicità coniugale.

Quindi è, che, nella qualità sua di provvedimento legale, quest'ipoteca ha in sè della natura del privilegio, ch'è la figura giuridica in cui dapprima apparve come ragion di prelazione: e riferendosi tal favore alla causa di un obbligo che investe il patrimonio intero del debitore, l'onere ne trae la caratteristica della « *generalità* », temperata poi dalla regola che impone la *specialità* a fin di creare e costituire il rapporto d'ipoteca. Sul quale argomento non occorre d'insistere oltre, in aggiunta alle ricerche fatte (2): basterà avvertire, che questa *generalità* non riproduce la figura dell'*ipoteca generale*, e quindi non restringe il principio della *specialità*, ma si riferisce soltanto al *diritto* di creare e costituire l'ipoteca *speciale*: e che, a parte i rimedî per cui la legge tempera la possibilità che nell'esercizio di tal diritto s'esageri aggravando i beni oltre il fine della garanzia, la deliberazion delle parti limitante nel contratto di matrimonio quest'ipoteca a determinati beni, esaurisce l'esercizio del diritto concesso.

Nel che si palesa la virtù intera del concetto che insegna cessare la provvision della legge dov'è la provvisione delle parti, e la dif-

(1) C. civ., a. 1405.
(2) Vedi le considerazioni esposte in q. cap. *in princ.*

Digitized by Google

ferenza che intorno la « *restrizione* » dell' ipoteca esiste tra la sicurtà conceduta ai minori ed agli interdetti (1), e questa ch'è data alla ragion dotale: quella, pel fine suo, non consente una restrizione effettiva, e l'autorità del consiglio di famiglia provvede a conciliare la giusta protezion dell'incapace con l'interesse economico del tutore (2); quest'ultima invece, riferendosi ad un istituto nella cui costituzione la volontà delle parti signoreggia, valevolmente può comportarla. Cosicchè, la « restrizione » voluta è patto, è clausola del contratto di matrimonio, e per essa, sebbene il diritto all' ipoteca derivi dalla legge, l' esercizio n'è tuttavia regolato dalla convenzione; muta perciò la natura dell' « esistenza » della sicurtà, e come questa è diventata « convenzionale » nella creazione e costituzione sua, non è possibile che all' onerato si dia più il rimedio della *riduzione* (3). Onde ottiene ampia conferma il concetto or esposto, che restringe la « *generalità* » di quest' ipoteca legale al « *diritto* » di *creare* e *costituire* l'onere: la creazione e la costituzione assumono per effetto della restrizion seguita, il carattere di « *convenzionali* ».

154. Ma ciò che di singolare ha la legge su questo punto della « *restrizione* » dell'ipoteca, è il presumerla ch'essa fa nel semplice fatto della determinazione dei beni che nel contratto di matrimonio son designati a sopportarla: la semplice indicazione induce la volontà di restringere nell'esercizio la generalità del diritto, parendo che tal caratteristica debba essere esclusa dal fatto della « *specializzazione* », il quale, senza tal significato, non avrebbe scopo e valore apprezzabili. Che se le rinunzie a diritti non si presumono, la clausola descritta non può contenere altro intendimento da quello che la legge le attribuisce; decisa a ciò, per un verso dalla libertà lasciata alle parti di regolare le ragioni patrimoniali attenenti all'union coniugale, e per l'altro dall'interesse che quest'uno tra i pochi

(1) V. il § prec. C. civ., a. 292, 293.

(2) V. la n. preced. C. civ., a. 2024.

(3) Ond'è, che la restrizione dev' essere fatta nel contratto matrimoniale (cons. Jourtou, *De la restrict. de l'hypothèque lég. de la femme*, Paris, 1892, n. 8); e la capacità ch'è necessaria per la validità di quest'ultimo, occorre perciò a fin di statuirla. Altrimenti su questo punto la dottrina francese, argomentando dal testo dell'art. 2140 del Cod. civ. « *parties majeures* »; e sulla varietà delle interpretazioni, cons. Jouitou, op. cit., n. 11.

Digitized by Google

casi in cui è mantenuta traccia dell'ipoteca generale, rientri per via della convenzione sotto la norma della « *specialità* (1) ».

La presunzione di tal volontà verrà meno, quando alla *limitazione* fatta nel contratto di matrimonio fosse aggiunta la *riserva espressa* che non s' intende di rinunziare al diritto più ampio di aver l'ipoteca sui beni ipotecabili che lo sposo ha in quel momento, e che la sposa potrà esercitare quando lo creda necessario? Inutile dimostrare che questo modo di esercitare il diritto non perde il carattere avvertito di *negozio convenzionale*, perchè la provvision delle parti si sostituisce pur qui all'ordinamento della legge: la volontà degl' interessati, a quel modo che mediante la limitazion dell'ipoteca a determinati beni informa di sè il provvedimento legislativo, e ne ristringe la portata, ben può adattargli il carattere nuovo, pur mantenendogli intera la virtù ch'esso ha dalla legge. E allora il negozio assumerebbe ancor qui figura di convenzione, e l'ipoteca, creata non più dalla sola legge, sibbene dall'espressa volontà degl' interessati, non sarebbe più soggetta a riduzione; la volontà ha valevolmente escluso questo rimedio volto a togliere gl'inconvenienti della *generalità* » del vincolo ipotecario, anche dov' essa è riferita ai soli beni presenti in un dato momento della condizion patrimoniale dell'obbligato (2).

155. L'ipoteca legale non può, a ragion di sua origine, estendersi, oltre ai crediti ed allo stato dei beni ai quali espressamente vien riferita dalla legge che la crea: e ciò deriva da quella na-

---

(1) La convenzionalità esiste, qualunque sia il processo seguìto per ottenere la restrizione: siasi fatta cioè la *specializzazione*, ch'è designazione concreta degli immobili speciali che s'intende di gravare, o l'*esclusione*, ch'è eliminazione dall'onere di beni determinati. Cons. su questo punto, e sulla differenza tra i due processi, Jouitou, op. cit., n. 28; Pont, op. cit., I, 543 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1021; ma la questione ha ben altra importanza pel diritto francese, estendendo esso (Cod. civ. fr., a. cit.) l'ipoteca della moglie anche ai beni *futuri*.

(2) Cfr. Thézard, op. cit. 100, che argomenta dall'immutabilità delle convenzioni matrimoniali, l'invalidità di tal riserva. E non bene; perchè qui non si *muta*, ma s'applica una clausola del contratto: salvi i diritti acquistati dai terzi nell'intervallo. Cons. Jouitou, op. cit., n. 103. Invece s'avrebbe mutazione vera, quando si convenisse il diritto della moglie di liberare durante il matrimonio gli immobili gravati determinati nel contratto, per trasferire l'ipoteca su altri, sufficienti a suo giudizio al fin di garantire. Cons. Jouitou, op. cit., n. 21.

Digitized by Google

tura di *privilegio* ch' é in essa, per cui credito privilegiato non vi ha se non in quanto esiste rispetto alla sua causa la favorevole estimazion della legge: e poi dall'entità stessa dell'*ipoteca*, richiedente la designazion del credito garantito, e dei beni (qui si dovrebbe dire l'*insieme* dei beni) sui quali è creata. Non qualunque credito tragga origine dalla condizion di donna maritata avrà dunque a favor della moglie creditrice la garanzia dell' ipoteca legale; e neppure considerando i rapporti di soggezione e di confidenza che la moglie ha verso il marito, si potrà ristringere ai crediti nella cui origine questi riflessi entrino, la sicurtà dell'ipoteca (1): la legge, a fin di evitare ogni dubbio, ha nettamente designato i crediti cui s'estende la sicurtà ch'essa crea.

Non traccia nell'ordinamento suo di « *convenzioni matrimoniali* » qual fonte generico di crediti favoriti dall' ipoteca legale (2): soltanto la *dote* ed i *lucri dotali* son designati ad avvantaggiarsi della garanzia: la dote, pel suo fine che dà importanza speciale al credito che vi ha riferimento, ed i lucri dotali, perchè la loro ragion di essere alla dote li connette. Perciò il credito cui si vuol attribuire la sicurtà dell'ipoteca legale deve aver tal entità da ottenerne la figura giuridica della dote, oppur quella del lucro dotale (3); così, se lo sposo avesse fatto nel contratto di nozze una donazione alla sposa, e questa si fosse costituita la dote in modo che i beni donati vi debbano esser compresi, chiaro è che i diritti riferentisi alla donazione avvenuta fruiscono, come dotali, dell'ipoteca legale (4): e certo pa-

---

(1) C. civ., a. 1969 cit. 4°.

(2) La restrizion dell'ipoteca legale a garanzia della dote e dei lucri dotali, ben risponde anche alla prima ragione storica dell' istituto; il fine economico-giuridico del patrimonio dotale, le caratteristiche oggettive che lo differenziano, e la condizion del marito in rapporto ad esso, mostrano agevolmente la bontà dell' ordinamento legislativo, che ripudiò la dottrina comune sull'estensione della sicurtà ai beni parafernali.

(3) Nè importa distinguere secondo la natura della cosa su cui la dote è costituita. AUBRY et RAU, op. cit., §§ 264*ter*, 516, 541; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 81*bis*, I; TROPLONG, op. cit., II, 418 e segg.; PONT, op. cit., II, 771; MARTOU, op. cit., III, 884; GUILLOUARD, op. cit., II, 758 e segg.; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 980 e segg.; BIANCHI, op. cit., I, 121.

(4) Cons. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 985; LABBÉ, in *J. du Pal.* 1875, 993; e cfr. LYON-CAEN, *ib.*, 561. La questione che in particolar modo è discussa da questi Autori si riferisce propriamente ad un lucro che, secondo la legge italiana, è garantito dall'ipoteca legale.

Digitized by Google

rimenti è, che ogni ragion che s'abbia relativamente alla dote è protetta da tal garanzia, come avvien del credito dipendente da colpevole amministrazione che avesse diminuito le facoltà dotali, oppur da mancato reimpiego al quale il marito fosse pel contratto, o dal tribunale, obbligato (1).

156. S'intende qual conseguenza dei principî generali intorno l'estensione del credito garantito, che non la sola dote, ma anche i frutti che si debbono rendere, non il solo capitale che sia dovuto in surrogazion della dote non più esistente per colpa del marito responsabile, ma anche gli interessi che validamente decorrano, hanno la sicurtà dell'ipoteca legale. Di ciò nessun dubbio: e questo punto certo fa sì, che nonostante, il criterio esposto del non potersi estendere l'ipoteca legale a crediti diversi da quelli per cui è ordinata, essa acceda tuttavia al credito della moglie che invece dei frutti (naturali o civili) chiegga gli alimenti durante l'anno di lutto (2). E non perchè s'abbia qui alcuna interpretazione estensiva della legge designante i crediti cui l'ipoteca si riferisce, bensì pel fatto che il credito degli alimenti rappresenta nei rapporti della moglie con l'eredità del marito il credito dei frutti e degli interessi; parrebbe, che data a tal'obbligazione la figura di « alternativa » con scelta spettante al creditore, due sian gli oggetti dedotti fin da principio nel rapporto, e mal si possa applicare ad uno di essi la sicurtà che dalla legge è manifestamente destinata all'altro: difficoltà che cede, dove s'avverta che gli « *alimenti* » rappresentano, per la scelta della moglie creditrice, i « *frutti* » della dote destinati a provvedere ai bisogni alimentari. Cosicchè, la sostituzion degli alimenti ai frutti non induce cangiamento nell'entità del rapporto, che riman sempre « *debito di frutti* », e soltanto si dà alla moglie la facoltà di scegliere il *modo* col quale questi frutti vuol esigere: o qual mezzo cioè di provvedere ai suoi alimenti, o come alimenti addirittura.

---

(1) Massé, in *J. du Pal.* 1856, 1, 415. Non importa che la moglie abbia pur azione contro l'acquirente della cosa alienata; cons. Troplong, op. cit., II, 612 e segg.; Martou, op. cit., III, 762. App. Tolosa, 18 nov. 1889; (Dall., *pér.* 1890 2, 199).

(2) C. civ., a. 1405. Cons. Pacifici-Mazzoni, op. cit., I, 187; Bianchi, op. cit., I, 124.

Digitized by Google

Ma siffatta equivalenza economica e giuridica per cui il concetto di « *debito di frutti* » riman inalterato, non avvien pure pel diritto della moglie all' abitazione ed alle vesti di lutto durante l'anno (1): vero, che secondo la lettera della legge parrebbe che questo credito sia unito all'altro degli alimenti, e che i due crediti insieme rappresentino, per l' equivalenza avvertita, il credito dei frutti; pure, a tal soluzione ripugnano la lettera stessa della legge e la ragion storica sua. Perchè i termini sui quali il provvedimento è ordinato, ben dimostrano che quell'equivalenza si riferisce soltanto ai « *frutti* » ed agli « *alimenti* », concedendosi sempre alla moglie, o ch' essa chiegga questi ultimi, oppur domandi gli altri, il diritto all'abitazione ed alle vesti di lutto: sebbene dunque paia che l'abitazione e le vesti vengano nel concetto di « *alimenti* », nell'ordinamento legale figurano invece quale oggetto di un credito distinto, spettante sempre alla moglie ancorchè preferisca di chiedere i frutti e gli interessi della dote. Al che risponde la ragion della legge: si mantenne alla moglie, per giusta pietà verso la condizion sua degna di sollievo, il diritto all'abitazione ed alle vesti di lutto ed altra considerazion si tenne per gli alimenti, perchè, potendovisi provvedere coi frutti della dote, parve ingiusto che percependo questi, la moglie potesse pur chiedere gli alimenti all'eredità del marito: onde la scelta concessale del modo di esigerli. Altrimenti si sarebbe data occasione a lei di lucrare ingiustamente sul sentimento di pietà di cui è meritevole: in doppia maniera avrebbe potuto esigere i « *frutti* », che in una soltanto ha diritto di pretendere (2).

157. E argomentando dal criterio dichiarativo proposto, non par dubbio che il credito della moglie in dipendenza di spese fatte pel giudizio di separazion personale, o del diritto alla prestazione alimentare cui il marito sia obbligato, non hanno la garanzia dell'ipoteca legale, ristretta alla dote ed ai lucri nuziali pattuiti. Ma non

(1) V. la n. preced.

(2) Cons. su questa esclusione dall' ipoteca legale del credito per l'abitazione e le vesti di lutto, MERLIN, *R. cit.*, 1° *decrit.*, § 1, n. 8; TROPLONG, op. cit., II, 417*bis*; PONT, op. cit., II, 25; BIANCHI, op. cit., I, 155; e cfr. AUBRY et RAU, op. cit., § 264 *ter*; LAURENT, op. cit., XXX, 245; MARTOU, op. cit., III, 889; THÉZARD, op. cit., 91; GUILLOUARD, op. cit., II, 772; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 772.

Digitized by Google

parrà egualmente dubbio, che le spese fatte dalla moglie onde ottenere la separazion della dote (1), o a fin di chiedere altre garanzie per la sicurtà della dote, minacciata nella sua integrità dallo stato patrimoniale del marito (2), sian garantite da tal sicurtà: esse si riferiscono direttamente, immediatamente alla ragion dotale così favorita dalla legge, ne sono un « *accessorio* » partecipante della garanzia conceduta al credito principale.

158. Il credito degli alimenti assegnati alla donna che separata per colpa sua o per colpa sua e del marito, o benanco del solo marito (3), non avesse ottenuta la separazion della dote, non pare che di tal garanzia sian privi: certo, si può obbiettare che quest'obbligazione riferentesi al « *patrimonio* » del marito, niente ha per cui si connetta alla ragion dotale o dei lucri dotali, che sono i soli crediti cui il vincolo ipotecario è attribuito. E per un verso tal considerazione regge, e vien pure confortata dal riflettere che gli alimenti son « *dovuti dal marito* » per questa sua qualità, e ch'egli li deve in proporzion dei bisogni della moglie, e delle sostanze sue; ma non ha più quella virtù quando s'avverta alla destinazion della dote, perchè vôlto com'è questo patrimonio speciale a sostenere i pesi del coniugio, i frutti, in conseguenza di tal fine, debbono concorrere al soddisfacimento del diritto alimentare della moglie. Vero, che tal relazione tra la prestazione alimentare spettante alla donna ed i frutti della dote, onde il credito degli alimenti parrebbe diritto ad aver parte dei frutti dotali, s'appalesa, talvolta alquanto esagerata, come nel caso di dote troppo piccola rimpetto alla fortuna personale del marito, dovendosi gli alimenti attribuire secondo l'entità di quest'ultima; ma l'osservazione non può indurre ad escludere al tutto l'ipoteca, bensì a ridurla a quella parte del credito alimentare corrispondente alla fortuna dotale. In tal modo, rispettata la destinazion della dote e dei suoi frutti, si mantiene integro alla donna, in quanto le spetta, il diritto all'ipoteca legale.

---

(1) Cons. LAURENT, op. cit., XXX, 362; TROPLONG, op. cit., 418*ter*; GUILLOUARD, op. cit., II, 783; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 981; LABBÉ, in *J. du Pal.*, 1884, I, 1121; Cass. fr. 10 febbr. 1892 (*J. de Sir.* 1892, I, 181).

(2) C. civ., a. 1400.

(3) Al credito degli alimenti in genere, l'ipoteca legale non si puo estendere; altra, per l'avvertita estension della legge, è la risoluzione della dottrina francese. Cons. BAUDBY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 981. HUC, op. cit., XIII, 177;

Digitized by Google

159. E come i frutti della dote, per essere ragion dotale pur essi, partecipano al beneficio dell'ipoteca descritta, il diritto derivante alla moglie dal patto di « *spillatico* » n'è giustamente garantito: per via di tal negozio una parte dei frutti dotali non vien distratta dalla destinazione ch'essi hanno, ma vien rivolta fin da principio, in determinata entità, ai bisogni personali della moglie. Ora, se nella prestazione a titolo di spillatico i « *frutti dotali* » non perdono il carattere che li differenzia, e son per essa erogati in conformità del fine loro, la ragion della moglie è sempre dotale, e la sicurtà dell'ipoteca deve proteggerla.

Del che si potrebbe veramente dubitare, se il marito si fosse obbligato a dar come spillatico una parte dei frutti dotali eccedenti di molto la misura che, giusta il fine dell'istituto dotale, dovrebbe esistere tra il provvedere ai bisogni personali della moglie e gli altri oneri famigliari: parrebbe, che non dai frutti dotali, sibbene dal patrimonio del marito sia qui fornita alla prestazion dello spillatico la parte eccedente ciò che della dote può giustamente volgersi al fine ch'è in esso. Neppur questa considerazione regge: lo spillatico ha in sè la ragion descritta, e se la sproporzione avvertita esistesse, non si dovrà dedurne che l'eccesso sia prestazion gravante sul patrimonio personale del marito, ma che, adibiti i frutti della dote in gran parte allo spillatico, il marito intenda provvedere del suo agli altri oneri famigliari; d'altra parte, non si potrebbe qui adottare la risoluzion già proposta (1) di ridurre la garanzia dell'ipoteca a quella porzione di spillatico che sia in corretta misura con la totalità dei frutti,

Può ben difatti avvenire, che lo spillatico sia *espressamente* costituito dal marito alla donna su beni propri; e pure alla moglie creditrice non fa qui difetto la garanzia dell'ipoteca legale, non perchè si debba ritenere che lo spillatico per la sua natura economico-giuridica sia sempre in connessione strettissima coi frutti dotali, bensì per la diversa entità del negozio onde il marito ha obbligato espressamente il suo a tal titolo. O nel patto vi è una donazione speciale volta a provvedere ai bisogni personali della moglie (che son parte dei pesi del matrimonio), ed allora esso è *dote*, e la prestazione ha come la ragion dotale la sicurtà dell'ipoteca; o si deve considerarlo come « *lucro dotale* » in significato

(1) Cons. Bianchi, op. cit., I, 126. Cfr. Pacifici-Mazzoni, op. cit., I, 137.

Digitized by Google

ampio, pel rapporto ch'è tra esso e la costituzion di dote, ed in tal qualità non si può contendergli la garanzia, ciò volendo espressamente la legge. Così vien pure sciolta la riserva fatta rispetto alla question precedente: la prestazione nella parte ch'eccede la proporzionata destinazione dei frutti dotali, avrebbe qualità pur essa di *dote*, o di *lucro dotale*.

160. Il carattere del privilegio ch'entra a costituire l'entità dell'ipoteca legale su di una « *generalità di beni* », dichiara per sè come, altrimenti da quel che avviene nell'ipoteca volontaria (e però anche nella legale-tacita), non sia necessaria la determinazione speciale del credito garantito: come s'è detto del privilegio, così quest'ipoteca legale si riferisce soltanto alla « *qualità* » del credito, qualunque in fatto possa esserne l'estensione. Non occorre perciò ch'esso veramente esista da principio, e solo necessita che la persona i cui beni son gravati dalla sicurtà, sia tenuta, in conseguenza del rapporto, all'obbligazion garantita, sebbene questa in fatto non sia ancor fissata: l'obbligo, in quanto nasce dai termini legali del rapporto, astrattamente considerati, è ragion sufficiente alla creazion della garanzia; chè se questa la legge avesse fatto dipendere dall'esistenza reale del credito, male avrebbe favorito il credito la cui qualità estimò degna di prelazione.

E se ciò s'avverte principalmente nell'ipoteca a favor dei minori e dello Stato, s'osserva pure nell'ipoteca legale consentita alla moglie, sebbene in minor grado, certa quasi sempre apparendo da principio l'entità della dote e dei lucri nuziali. Quando non lo fosse, come occorre nella costituzion di dote sui beni presenti e futuri, l'incertezza nulla toglie alla valida creazion dell'ipoteca: a garanzia dei terzi basta la necessità che nella costituzione dell'onere sia determinata la somma per cui vien fatta. Al quale ordinamento sulla *specialità* della somma garantita, s'è pur accennato descrivendo l'ipoteca volontaria, a conforto della distinzion posta tra « *creazione* » e « *costituzione dell'onere* » (1): e qui si può aggiungere, che se in quest'ultima specie d'ipoteca la *specialità* del credito fatta nel *costituire* il rapporto, supplisce al non averla osservata nel crearlo, nell'ipoteca legale propriamente detta tal supplimento è più giustifi-

(1) Su questo argomento v. il cap. 1, e il § sulle *gener.* in q. capit. La questione sarà ancor discussa in seguito, nello studio sulla *pubblicità* dell'ipoteca.

Digitized by Google

cato, perchè il momento della « *creazione* » e della « *costituzione* » si fondono entrambi in questo secondo punto (1).

161. I beni sui quali è consentita l'ipoteca legale per la dote e pei lucri dotali, non sono (come parrebbe in conseguenza della « *generalità* ») tutti quelli che il marito obbligato ha nel momento in cui è costituita la dote, e gli altri ch' entrino in seguito nel suo patrimonio, e siano ipotecabili: altre legislazioni, alle quali più direttamente la legge italiana attinse questo istituto, coordinandone le norme al concetto di « *privilegio* » e perciò al carattere di « *generalità* », tanta estensione dànno all' ipoteca legale: la legge patria, pur contraddicendo a queste necessità logiche, volle invece far corrispondere l'istituto ai bisogni economici che dettarono i due criteri fondamentali della specialità e pubblicità delle ipoteche. E nel suo ordinamento, se il favore che vi è addimostrato a certe qualità di crediti assume entità d'« *ipoteca* » quando sia validamente *constituita* per via della pubblicità (2), così, rispetto ai beni su cui l'onere conceduto grava, il criterio della « *generalità* » è osservato in modo che vera generalità non s' ha come la ragion dell'istituto vorrebbe, e neppure specialità: se la contraddizione lo consentisse, si potrebbe dire che la « generalità » vi è ridotta ad una forma di specialità. O meglio, la generalità è specializzata, determinata, nel senso ch'essa comprende il « patrimonio ipotecabile » secondo è in un dato momento.

162. Che non è il tempo della celebrazione del matrimonio (3), quasi che la ragion dell'ipoteca, nel riferirsi alla dote e quindi al momento

(1) V. la n. preced.

(2) La legge italiana non estese il suo favore verso la causa del credito, a segno da escludere certe ipoteche legali dall'obbligo dell'iscrizione; e giustamente, perchè la *causa* dell'ipoteca non deve agire sulla forma occorrente in genere a costituirla. Altro, come occorse di avvertire, è il concetto tenuto dalla legge francese. V. il vol. I, cap. I; ed anche il cap. I in questo II vol.

(3) Cod. civ., a. 1969, 4°. Ma cfr. pel diritto comune Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, nn. 77 e segg. Bachov., op. cit., l. IV, cap. XIII, n. 3; Merlin., op. cit., l. III, cap. 60: che (v. pure Glück, op. cit., XIX, § cit.) tengono come fondamentale pel tempo di nascita dell' ipoteca il momento della celebrazion del matrimonio. Così, Cod. civ. fr., a. 2134, 2°; e dalla *generalità* dell'ipoteca si trae la decisione che l'onere s'estende ai beni acquistati dopo lo scioglimento del matrimonio. Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 264; Pont, op. cit., I, 109; Guilloard, op. cit., II, 695; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 999. Nel testo si dice di *nascita* del diritto: l'ipoteca esiste con l'iscrizione.

Digitized by Google

in cui esiste il fatto per cui questa è, esiga che tale istante come dà consistenza alla dote ed al diritto dei lucri dotali, segni pure il punto in cui esiste il *diritto* all'ipoteca conceduta dalla legge: vero, che se il matrimonio non segue (1) cadono le convenzioni sul regime patrimoniale dei futuri sposi, ma vero del pari, che secondo il fine per cui l'ipoteca è conceduta, la determinazion del patrimonio su cui cade, dev'essere fatta nel momento in cui la ragion dotale s'infigge effettivamente sui beni a ciò destinati. Costituito il rapporto dotale sulle cose che vi son dedotte, nasce secondo il suo scopo di garanzia l'ipoteca legale, e quindi il bisogno di considerare il patrimonio ipotecabile del marito come in quel momento è: nè importa, se la mancata celebrazion del matrimonio renda poi inutile col contratto matrimoniale anche l'ipoteca vôlta a sicurtà della dote, e dei beni dotali.

Questo punto, a dir così giuridico, si concreta in due momenti: dei quali, il primo è l'istante in cui la dote è costituita, nè rileva se il pagamento si debba effettuarlo più tardi, perchè il rapporto sulle cose che vi son dedotte è già fissato, e a favor dello sposo esiste il diritto di esigerle quando il termine deliberato sarà giunto; al che, pel suo fine, ben corrisponde l'esistenza dell'ipoteca legale, vôlta a garantire l'obbligazion del marito ch'è coordinata al diritto sulla dote. Nè importa pure, come s'è avvertito, che il matrimonio debba seguire dopo la stipulazion dotale, perchè con questa s'hanno già i termini occorrenti alla creazione dell'ipoteca che vi accede: e la celebrazion del matrimonio com'è condizione tacita all'esistenza della dote, lo è del pari per la valida costituzione della sicurtà, che da questa ripete l'esser suo. Nè rispetto ai lucri dotali, muta la considerazione or fatta: il contratto di matrimonio fissa il diritto della moglie su di essi, e con ciò ha nascita quella causa favorita di credito ch'è garantita dall'ipoteca legale.

163. L'altro momento si riferisce all'ipotesi di cose provenienti da successione o donazione, e che pel modo col quale la costituzion di dote è seguita, v'entrino a farne parte: il patrimonio ipotecabile è qui considerato secondo lo stato suo nel giorno in cui s'aprì la suc-

(1) Non importa se il matrimonio sia poi annullato, purchè contratto in buona fede dalla donna. Cons. Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, n. 105; Glück, op. cit., XIX, § cit.; Aubry et Rau, op. cit., § 264 *ter*; Pont, op. cit., I, 427; Guillouard, II, 753; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 974.

Digitized by Google

cessione, o che la donazione ebbe il suo effetto (1). Il criterio seguito dalla legge nel suo ordinamento è lo stesso, così rispetto al primo come al secondo momento, perchè in entrambi la ragion di essere della sicurtà conceduta sta nella fissazion del rapporto sui beni dedotti in dote, o del diritto ai lucri dotali (2): nell'ipotesi cui la designazion del secondo momento si riferisce, tal fissazione avviene all'istante dell'apertura, ch'è quello della nascita del diritto successorio e perciò, dell'acquisto suo a favor del chiamato: oppure nel tempo in cui la donazione ha effetto, aumentandosi allora per liberalità il patrimonio dell'onorato. Con la qual considerazione vien dichiarata agevolmente una parvenza di contrasto nel modo d'ordinare i due momenti, sembrando, che se rispettò al primo il tempo della costituzion dotale designa il punto in cui si considera lo stato del patrimonio ipotecabile, *ancorchè il pagamento della dote segua posteriormente*, rispetto al secondo si sarebbe dovuto provvedere egualmente, agguagliando l'apertura della successione e la perfezion della donazione al fatto di questo pagamento posteriore: ma troppo è diversa la materia per cui in due ordinamenti distinti si esplica il medesimo criterio. Difatti, concedendo che il pagamento della dote avvenga dopo la costituzion di essa, non s'impedisce che il rapporto dotale nasca, e quindi sia nel marito diritto di esigerla, sebben l'esazione sia sospesa dal termine apposto al patto: mentre, abbenchè la stipulazione della dote comprenda i beni che si potranno acquistare in seguito alla donna per via di successione o di donazione, certo è, che prima sia quella aperta, non vi è diritto successorio, e prima della perfezion del negozio non vi è donazione; non esiste cioè l'acquisto, e quindi l'aumento della facoltà dotale (3).

---

(1) C. civ., a. 1969, 4°. L'aumento della dote seguìta durante il matrimonio, dava diritto all'ipoteca dal dì del suo effetto: Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, n. 46; Merlin., op. cit., l. 3, t. 2, q. 50, n. 15; Acosta, op. cit., r. 2, ampl. 6, n. 366; Mantica, op. cit., l. XI, t. 26, n. 13.

(2) Cons. Bianchi, op. cit., I, 116. Ma se un immobile alienato sotto condizion risolutiva rientrasse dopo questo primo momento nel patrimonio del marito, ben vi si potrà inscrivere l'ipoteca legale: per l'efficacia retroattiva della condizione avverata, s'intende ch'esso non sia mai uscito dagli averi dell'obbligato. Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 264.

(3) Cod. civ., a. cit. Si bada cioè al tempo in cui effettivamente è seguito l'aumento. Cons. Glück, op. cit., XIX, § cit. Per l'identica ragione, questo secondo momento s'estende al caso di dote costituita od aumentata da un terzo durante il matrimonio. Cod. civ., a. 1391.

Digitized by Google

164. Determinati così i due momenti nei quali vien considerato il patrimonio ipotecabile del marito a fin di costituirvi la garanzia dell'ipoteca legale, s'intende che questa (quando, non intervenga altra volontà delle parti interessate) potrà esistere su qualunque dei beni che in quei due istanti possano validamente sopportare l'onere della sicurtà reale (1). Rispetto a tal criterio può nascer questione, se i beni costituenti la comunion degli utili siano idonei a ciò: se accolto nel contratto matrimoniale il sistema misto della dote e della comunion degli utili, par difatti che i beni ipotecabili contenuti nel patrimonio della comunione debbano cadere nel rapporto di sicurtà reale, avendo su di essi il marito un poter latissimo di amministrare, che gli consente di alienarli a titolo oneroso (2).

Ora, parrebbe, e alla teoria non mancarono sostenitori (3), che nonostante tal potere ampio conferito al marito, la condizion sua di amministratore riveli già lo stato giuridico in cui la moglie è rimpetto al patrimonio della comunione: sul quale ha essa diritto, pur spettandole, a fin di correggere quell'ampiezza di potere, la facoltà di rinunciarvi: cosicchè il marito amministra non soltanto per sè, ma anche per la moglie che a mezzo del marito rappresentante interviene in qualunque atto patrimoniale sia da questi compiuto. Posta tale condizion di rapporti giuridici, non sembrerebbe possibile che sui beni della comunione, a ciò idonei, si possa far consistere l'ipoteca legale della moglie: come potrà essa opporla ai creditori cui il marito abbia ipotecato beni della comunione, quando l'atto da lui

---

(1) La question dell'ipotecabilità dev'essere risoluta secondo le regole generali fissate su questo punto; ed in applicazion di esse si decide, che l'ipoteca legale non possa cadere sulla quota di beni sociali spettanti al marito socio, ancorchè i denari avuti in dote siano stati impiegati in tal azienda: è legge che il socio non possa alienar questi beni, nè in alcun modo obbligarli. Cod. civ., a. 1724. Cons. Laurent, op. cit., XXX, 365; Pont, op. cit., I, 512; Guillouard, op. cit., II, 808; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1000. Nè rileva se il marito sia socio amministratore, perchè in tal qualità egli ha l'amministrazione lata del patrimonio *sociale*.

(2) La difficoltà è più netta rispetto al secondo momento, riferendosi, di regola, all'ipoteca cui s'abbia diritto dopo la costituzion dotale, la possibilità di costituirla sugli *acquisti* della comunione: ma sibbene l'onere debba consistere sui beni *presenti*, non anche sui futuri, ristretto com'è dalla legge il patrimonio ipotecabile.

(3) Valette, op. cit., I, 137, Rodière et Pont, *Tr. du contr. du mariage* (Paris, 1865-69) II, 1180. Cfr. e cons. gli Aut. cit. nella n. seg.

Digitized by Google

compiuto è pur atto suo, così da dover parere che la concessione includa necessariamente la volontà di escludere dall'ipoteca legale il patrimonio della comunione? La qual difficoltà ben può essere afforzata dal riflettere, che il patrimonio della comunione se non indipendente per sè, ha tuttavia come una certa indipendenza nel fine, e ciò spiega l'estension dei poteri attribuiti al marito rispetto alle mutazioni nei singoli beni che tal patrimonio compongono: come s'avverte nella società, soltanto il marito amministratore può alienare od obbligare, e la moglie questo non può, salvo a lei il diritto di rinunciare alla comunione, o di accettarla beneficiariamente: poi il beneficio di legge inducente l'onere di sicurtà reale a suo vantaggio dovrebbe consistere solo sui *beni del marito*, nè tali son certo i beni della comunione.

La dottrina or esposta non risponde all'entità legale della *comunione* (1). Se l'ipoteca legale è conceduta sui *beni del marito*, con ciò s'intende dei beni di cui il marito abbia il poter di disporre; ora non è dubbio, per la espressa concession della legge, che il marito possa disporre a titolo oneroso dei beni della comunione con facoltà assai più late di quanto non spettino al socio amministratore, e ben giustificate dall'indole del rapporto, e dalla dipendenza fiduciosa in cui la moglie è in rispetto a lui. E se tal potere spetta al marito, non v'è ragion che i beni della comunione ipotecabili, s'egli intenda di onerarli, non lo siano egualmente pel beneficio della legge a favor della moglie: d'altra parte, non importa se questa nel patrimonio della comunione ha legittimo interesse, intendendosi ch'essa potrà farlo valere, quando, risolta la comunione, dichiarerà se l'accetta, e come, in modo che l'onere consista effettivamente sui beni che al marito verranno attribuiti. La moglie dunque, per l'interesse che ha nella comunione, affermerà l'ipoteca legale che le spetta sui beni ch'entreranno nella quota del marito; cosicchè, o rinunzia alla comunione, e l'ipoteca sua rimarrà salda sui beni ch'entreranno a comporla, reputandosi sian sempre appartenuti al marito: o accetta, e se i beni ipotecati entrano nella sua parte, l'ipoteca s'estinguerà, mentre rimarrà integra su quelli componenti la porzion del marito.

---

(1) Cons. Duranton, op. cit. XIX, 330; Aubry et Rau, op. cit., § 264*ter*; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 81*bis*; Thézard, op. cit., 96; Laurent, op. cit., XXX, 371; Troplong, op. cit., II, 483*ter*; Pont, op. cit., I, 521; Guillouard, op. cit., II, 795 e seg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1005 e seg.

Digitized by Google

Con questi due criterî vien risoluta agevolmente la difficoltà proposta (1). Nè importa se l'ipoteca legale debba essere opposta a creditori che abbiano ottenuto dal marito la concession d'ipoteca, oppur a terzi acquirenti, con atti cui la moglie abbia presenziato senza dar espressamente il suo consenso alla rinunzia dell'ipoteca, o senza che dal suo fatto si possa necessariamente indurlo; e quando pur avesse consentito in modo espresso o tacito, la validità dell'atto dipenderà poi tutto dal decidere se all'ipoteca legale la moglie possa rinunziare (2).

165. Come s'è osservato rispetto all'ipoteca in genere, così di questa convien dire, che se i beni su cui è costituita fossero nel patrimonio ipotecabile del marito col vincolo della condizion risolutiva, poi avverata, a quel modo si reputa non aver essi mai fatto parte dei beni del marito debitore, si ritien pure che l'ipoteca non abbia potuto fin da principio valevolmente consistervi. Questa la regola: la moglie che rimpetto al marito è terzo creditore ipotecario, può giovarsi di tutte le eccezioni che nell'interesse dei terzi la legge ha coordinato a tal virtù della condizion risolutiva, e quindi, dove questa non possa opporsi a chi abbia acquistato diritto di sicurtà reale anteriormente alla trascrizion della domanda di risoluzione, anche l'ipoteca legale validamente constituita non patisce danno se il diritto del marito debitore venga risolto. Nei casi poi in cui la legge non avesse ordinato espressamente tal modo di dirimere il conflitto tra l'interesse di chi domanda la risoluzione, e quello del terzo che avesse acquistato diritti sulla cosa pendente la condizione, e non s'accogliesse la teoria che la disposizion da essa data in alcune ipotesi particolari indichi il voler suo di porre un concetto ampio, al quale l'interprete deve attingere, affermando che quel modo è il solo che in ogni occasion di conflitto dev'essere adottato (3): bisognerebbe pur dire, che il criterio di decidere vien allora suggerito dalla dottrina di diritto comune, la qual distinguendo tra le cause di risoluzione infisse già nel titolo del concedente (*ab antiquo*), e quelle sôrte in seguito, sebben riferentisi al titolo stesso,

(1) V. la n. prec.

(2) La question della valida rinunzia all'ipoteca legale fatta dalla donna nel contratto di matrimonio, verrà discussa in seguito.

(3) In questo senso v. la relaz. cit. CARMINE-BONASI.

Digitized by Google

esimeva da queste ultime l'acquisto seguito in buona fede, nell'intervallo (1).

Ma all'infuori di quest'ordinamento che concerne in generale l'istituto della condizion risolutiva, l'ipoteca legale spettante alla donna maritata è particolarmente favorita: regolando la donazione, la legge dà facoltà al donante di stipulare il patto di riversibilità pel caso che il donatario gli premuoia, oppur premuoia senza discendenti, perchè se la volontà di donare s'esplica in relazione strettamente diretta alla persona che s'intende di beneficare, od anche della persona in cui esso, a dir così, s'infutura, chiaro è che, senza contraddizione, non si potrebbe non lasciarla libera di ritrattarsi nel caso che al donante il donatario od i suoi discendenti premorissero. La considerazion personale che ha suggerito la liberalità, ne rimarrebbe interamente frustrata. Pure, nonostante tal criterio di valutare e proteggere la volontà del donante, per cui, avverandosi i termini del patto di riversibilità, la cosa donata rientra nel patrimonio del donante immune da ogni peso del quale il donatario l'avesse gravato nell'intervallo, la considerazion del matrimonio lo supera, e vince: la stipulazione della dote e dei lucri dotali può avere indotto le parti all'union coniugale, e perciò la convenienza di mantenere alla donna la garanzia legale, vôlta a tutelare i diritti che dal matrimonio le vengono. In ciò ha la ragion sua la restrizione della legge agli effetti della riversibilità: l'ipoteca legale riman salva, quantunque a fin di conciliare con questo criterio l'altro attenente alla risoluzione, sia il mantenimento della garanzia ordinato in via sussidiaria, pel caso cioè che il diritto della donna non abbia sufficiente sicurtà nella rimanente garanzia, o nei beni del marito (2).

166. Ai due momenti principali descritti, in cui dev'essere considerato il patrimonio ipotecabile del marito per adagiarvi l'ipoteca legale, pur questo dev'essere così aggiunto dell'istante in cui si avvererà il patto di riversibilità contenuto nella donazione; e un altro pure vi si deve aggiungere, che vien dedotto dalla legge commerciale. Anzitutto, vuol essere ricordata la regola ch'essa dà intorno l'*idoneità* dei beni del marito a ricevere l'ipoteca legale della moglie: tenne fermo il criterio del tempo in cui secondo la

(1) Su quest'argomento v. le considerazioni esposte nel vol. I, p. 542 e segg.
(2) C. civ., a. 1072.

Digitized by Google

legge civile (1) dev'essere considerato il patrimonio ipotecabile del marito (già commerciante al momento del matrimonio, o diventato tale nei dieci mesi seguenti), ma altra norma speciale ha pur dato rispetto all' idoneità dei beni a sostenere tal onere. Dubitò essa non abbia il marito commerciante acquistato i beni col denaro dei creditori (che dalla prevalente ipoteca della moglie avrebbero danno), e fors'anco con frode: onde l'ordinamento suo, che fa soggiacere all'ipoteca legale soltanto i beni acquistati dal marito commerciante per via di successione o donazione: al qual effetto reputò commerciante anche il marito che tale stato abbia tolto nei dieci mesi del matrimonio (2).

E pur questa parte dell'ordinamento legale può essere tenuta qual momento speciale in cui il patrimonio ipotecabile del marito commerciante vien considerato a fin di farvi consistere l'ipoteca: il momento cioè dell' acquisto per via di *liberalità;* argomentando dalla ragion della legge, non par dubbio difatti che nell'acquisto si debba estimare soltanto questa *causa* della liberalità, così da doversi decidere che se nell' atto vi fosse altro elemento per cui tal causa paresse mista, dovrebbe dedursi dalla cosa acquistata quella parte di valore che non si riferisce alla pura liberalità. Che importa dunque si titoli di « *donazione* » la liberalità contenente un negozio misto, qual' è la *donatio cum onere?* La presunzione assoluta, e perciò la restrizion della legge, non dev'essere meno osservata, e la parte di valore corrispondente all'onere si deve dedurre dalla cosa, ch'entrata per via di liberalità nel patrimonio del marito, ben può sopportare l'ipoteca legale della moglie.

167. La qual ragion della legge consente di risolvere nel modo che logicamente vi corrisponde, varie questioni sollevate su quest' ordinamento suo. S' è chiesto (sebben la questione abbia perduto molto della gravità sua nel sistema della legge italiana, ridu-

(1) A dir vero, par che i termini della legge commerciale non corrispondano a quelli in cui la legge civile contien l'ipotecabilità dei beni del marito; accennandovisi difatti ai beni che il marito acquisterà, s' indica ai futuri. Ora, se si accoglie l' interpretazione qui data alla legge civile sul *momento* di considerare il patrimonio ipotecabile, la disposizione della legge commerciale potrà soltanto valere pei casi riferentisi al secondo dei due momenti descritti (aumento della dote per successione o donazione; o costituzione od aumento di dote fatto da un terzo).

(2) C. di comm., a. 786.

Digitized by Google

cente in esigui termini la « generalità » vera dell'ipoteca), se nel caso che il bene ipotecabile entrato per via di liberalità nel patrimonio del marito commerciante, sia stato da lui permutato con altro, e nella permuta abbia egli dovuto aggiungere denaro, l'ipoteca legale possa consistere per l' intero sul bene così acquistato, oppur dedottane la parte corrispondente alla somma aggiunta pel conguaglio. Ora, argomentando dal concetto che la legge, nell'interesse dei creditori, ha posto una presunzione per cui è ristretta d'assai l'idoneità dei beni suscettibili di quest'ipoteca legale, non pare che dall' entità della somma data per conguaglio si debba in alcun modo inferire (1), se il bene permutato tale idoneità abbia: certo, seguendo le norme della legge civile intorno al definire se al negozio si convenga meglio la figura della vendita o l'altra della permuta, si dovrebbe dire, che se nonostante il conguaglio s'abbia permuta, il bene così acquistato ha tolto nel patrimonio del marito permutante il luogo di quello che v'era entrato per via di liberalità, e però l'ipoteca legale della moglie ben può assoggettarlo a sè: ma tal ragionamento frustrerebbe il criterio cui è informata la legge commerciale.

Secondo la quale, ogni somma di denaro che il marito dia a fin d'acquisto, è reputata, nei limiti di questa presunzion della legge, ingiustamente sottratta alla garanzia cui i creditori hanno diritto: quindi, non par decisivo il criterio che secondo la legge civile determina la figura dell'atto, e lo è invece il fatto dell'erogazione dei denari, qualunque sia l'entità della somma in confronto al valor della cosa. Su questa potrà dunque consistere l'ipoteca legale della moglie, deducendone la parte di valore riferentesi alla somma data pel conguaglio.

168. Nè altrimenti si può decidere, senza cadere in grave contraddizion di principio, il caso che il marito chiamato insieme ad altri a succedere a taluno, rimanga in seguito a licitazion tra coeredi aggiudicatario della cosa dividenda (2): ancor qui stan di fronte due criteri informanti due ordinamenti diversi: uno spetta alla legge civile, che la licitazion tra coeredi tiene per divisione vera, dandole carattere di atto dichiarativo; l'altro che appartiene alla legge com-

(1) C. civ., a. 1554.
(2) Con. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1015.

Digitized by Google

merciale, ed è la presunzion descritta a favor della massa. Se vince il primo, l'acquisto è reputato nella totalità sua come avvenuto per successione, e nonostante la somma spesa o dovuta, sull'intero potrà spettare alla moglie l'ipoteca legale: se invece vince il secondo, nulla deve importare la natura che l'atto ha giusta la ragion civile, e pel solo fatto dell'erogazione di somma, si dovrà ridurre l'ipoteca legale della moglie a quella parte della cosa che rimarrà dopo dedotta la spesa fatta per l'acquisto. E pare, per le considerazioni esposte, che dei due criterî debba aver prevalenza il secondo: non che la legge commerciale deroghi alla civile rispetto alla natura che l' atto ha, e che sarà sempre divisione; ma il fatto della spesa incontrata dal marito per l'acquisto della cosa intera, induce la necessità di restringerne l'idoneità all'ipoteca legale, nei termini rispondenti alla presunzion che la legge ha posto nell'interesse della massa. A favor della quale s'avrebbe dunque una figura di « *utile gestione* » (1).

169. Il tempo nel quale dev'essere considerato il patrimonio del marito commerciante a fin di determinare la quantità e l'idoneità dei beni su cui possa consistere l'ipoteca legale della moglie, può coincidere con lo stato di fallimento in cui egli sia caduto, e però con l'intervallo decorrente tra le due date della cessazione dei pagamenti, e della dichiarazion di fallita. Senza descriver qui il sistema della legge commerciale intorno la sorte degli atti compiuti in questo frattempo dal fallito, ed il modo col quale governa la maggiore o minore presunzion di frode, e l'annullamento od annullabilità che ne segue; basterà dire, che i criterî cui l'ordinamento suo è informato si riducono alla natura dell'atto, ed alla prossimità sua al tempo della sentenza dichiarativa del fallimento (2): la questione speciale or proposta dev'essere perciò esaminata in termini più ampî, ricercando cioè se quell'ordinamento si riferisca alla sola ipoteca volontaria, o s'estenda pure all'ipoteca legale, ed alla giudiziale.

Perchè per un verso parrebbe, che inducendo l'ordinamento posto dalla legge commerciale, a seconda dei casi, una forte o leggiera

---

(1) Cons. Demolombe, op. cit., XV (*Tr. d. success.*, V), 328; Bertauld, in *Revue critique*, XXIV, p. 392. Cfr. Aubry et Rau, op. cit., § 264 *ter*; Pont, op. cit., I, 536; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1015 e seg. V. pure Labbé, in *J. de Sir.*, 1870, I, 5.

(2) C. di comm. a. 707-710.

Digitized by Google

presunzion di frode a danno della massa dei creditori, mal essa convenga all'ipoteca legale, sia legale propriamente detta o giudiziale, a ragion dell'entità che le distingue: difatti, causa loro è la legge, è il favore speciale ch'essa ha voluto addimostrare a certe qualità di credito, e a tal considerazione sua non si può nè si deve adattare il carattere di fraudolenta. Onde la dottrina insegnante che la legge dove ha infirmato di presunzion di frode la *costituzione* d'ipoteca, pegno od anticresi, abbia inteso di accennare a quella dipendente dalla *volontà* del fallito, che, senza ingiusta lesione al diritto dei creditori, non può attribuire con frode garanzie speciali ad alcuno tra essi: e tal risoluzione, tratta dai termini in cui è condotta la legge, ha conforto nella stessa locuzione adoperata, intendendosi d'ordinario per « costituzione » l'atto originato dalla volontà, e nel considerare che assieme all'ipoteca ed al pegno è fatta parola dell'*anticresi*, la cui origine è sempre volontaria (1).

Alla qual costruzione dedotta dalla natura dell'atto originante il diritto all'ipoteca legale, altra s'oppone, ch'è fondata sulla ragion del danno che ingiustamente patirebbe la massa dei creditori, per via della prelazione consentita nel « *periodo sospetto* » anteriore alla dichiarazion di fallimento; difatti, lo stato del patrimonio vi apparisce di già in grave dissesto, e la legge, regolandolo, volle dar consistenza alla garanzia comune che i beni offrono ai creditori, ed impedire che nel momento in cui la funzione assicuratrice del patrimonio comincia a svolgersi, alcuno di essi v'abbia in qualunque modo una posizion privilegiata di garanzia. Quindi la teoria, che argomentando dall'effetto esercitato sul patrimonio del fallito non soltanto dalla dichiarazion di fallimento, ma ancor dal « periodo sospetto » che, per le condizioni di cose ond'essa è stata determinata, necessariamente vi si connette: ed insegna dover cadere sotto la virtù della presunzion legale ogni ipoteca, comunque sorta (2).

170. Delle due teorie esposte, nessuna risponde per sè esattamente alla legge: la prima deduce in modo assai stretto dai ter-

(1) C. comm., a. 708, 4°: « i pegni, le anticresi, e le ipoteche *costituite* sui beni del debitore ». La questione or discussa vien coi medesimi argomenti dibattuta rispetto all'ipoteca giudiziale; e nella ricerca che sarà condotta in seguito su quest'ultima, si darà notizia delle decisioni che affermano i concetti ricordati nel testo, perchè rese con ispecial riguardo a tal figura d'ipoteca.

(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

mini della presunzion legale infirmante la costituzione di sicurtà reale consentita dal fallito nel periodo sospetto, nè si cura di vedere se in alcuna parte dell' ordinamento s' abbia ragion d' invalidare questa sicurtà, in quanto creata dalla legge: la presunzione colpisce la creazione volontaria della garanzia, nè si può estenderla oltre i termini in cui è contenuta. L' altra invece trascura al tutto questa parte dell'ordinamento, e confondendo quasi la dichiarazion del fallimento col periodo sospetto che la precede, estende oltre il dovuto la presunzion legale che pure è posta espressamente per casi determinati; e così entrambe le dottrine esagerano, la prima pel soverchio ristringere, l'altra pel troppo estendere i criteri che le informano.

Un dato per la costruzion da avviare, è certo: che la presunzione infirmante in termini espressi la costituzion di sicurtà reale e di anticresi, si riferisce all'ipotesi che questa sia avvenuta per atto volontario del debitore: un altro dato, che si può anche trarne per conseguenza, è certo del pari, che derivando cioè l' ipoteca legale dal favor della legge per certe cause di credito, la benigna considerazione, che n'è causa, non può essere sospettata di frode senza recar ingiuria alla volontà del legislatore, titolandola d'immorale: qui, come più volte s'è detto, non s'ha una formale alienazion di valore a fin di garanzia, ma soltanto una conseguenza che la legge trae dalla natura dell' atto, a vantaggio di una delle parti. E se alienazione non vi ha che acceda al negozio costitutivo del credito, in qual modo la presunzion di frode fatta inerire dalla legge all'atto che la contiene, si potrà estendere a quel ch'è frutto della benevola estimazione della legge stessa? Come la legge può confondere in uno questa benignità e la presunzion di frode?

Dai quali presupposti deriva il risultato, che non essendovi nell' « *ipoteca legale* » atto distinto di alienazion di valore che pur accedendo al credito sia rapporto per sè stante (1), non le si può estendere la presunzion di frode, che la legge espressamente ordina per la costituzione d'ipoteca, pegno od anticresi fatta nel periodo sospetto (2): per essa varrà invece la regola opposta (3), dichiarante

(1) Sull' ipoteca legale propria, v. in q. vol. il cap. I; e in q. capit. il § intorno la generalità dell'istituto.

(2) C. comm. a. 709, 4° cit. V. il rinvio fatto nella n. 2 a pag. 290.

(3) C. comm., a. 710. V. il rinvio fatto nella n. preced.

Digitized by Google

legittime le *iscrizioni* tolte in virtù di atti riconosciuti validi, purchè fatte prima della sentenza dichiarativa di fallimento. Qui si rivela la diversa efficacia ch'è tra lo stato del patrimonio dopo tal sentenza, e quello anteriore compreso nel periodo sospetto: la sentenza pone il fallito in istato d'incapacità, afferma un carattere di realità al diritto di garanzia spettante ai creditori sul patrimonio, e perciò l'invalidità di ogni atto tendente a turbare la loro posizion legittima, qual è al momento in cui questa liquidazion s'apre.

E con ciò ha maggior giustificazione la dottrina esposta intorno l'ipoteca legale, dove i due momenti della *creazione* e della *costituzione* par che si confondano nell'unico tempo in cui quest'ultima avviene: la presunzione di legge colpisce l'atto creativo dell'ipoteca volontaria, e quindi cade affatto la costituzione avvenutane mediante l'iscrizione: non colpisce invece la *creazione* dell'ipoteca legale, ch'esiste solo quando è costituita, e che lo è in virtù del *diritto a costituirla*, conceduto dalla legge per la favorevole estimazion della causa di credito ch'essa garantisce. Ma, e così si compie la costruzione, i creditori non sono indifesi contro il danno che ingiustamente lor derivi da quest'ipoteca legale: la natura sua, e l'indole della presunzion legale vietano di estenderle la disposizione infirmante la concession d'ipoteca, pegno od anticresi; pure, *siccom' essa è ragion di prelazione fatta inerire dalla legge a certi atti*, così *se questi atti nell' ordinamento legale son per sè colpiti da speciale presunzion di frode* (1), oppure, *se in mancanza di ciò sono infirmati per via dell' azion revocatoria espressamente riservata ai creditori* (2), *cade di necessità con l'atto anche l'ipoteca legale che vi si connette* (3).

---

(1) C. comm., a. 707, 709, cit.

(2) C. comm., a. 708.

(3) La risoluzione difesa nel testo par che risponda alla lettera della legge, statuente la presunzion di frode contro gli atti compiuti dal fallito, ed all'entità dell'ipoteca legale; e la stessa costruzion proposta sull'entità di quest'ipoteca, come pur della giudiziale (entrambe poi riferendosi alla stessa origine) ne ha sicuro conforto. Perchè l'ipoteca, qual espressione del favor della legge, non può essere per sè sospettata di frode: questa potrà essere insita nel *fatto giuridico* cui, per benigna considerazione, si connette, e s'intende che il favore legale è per l'atto *sincero*, non per quello ch'esiste solo a fin di frode; cosicchè, quando l'atto, come fraudolento, cada per frode presunta o provata, ancor l'ipoteca legale vien meno, ma non perchè ne sia la concession sospettata o convinta di frode, sibbene perchè rescisso l'atto vien meno la giusta causa del favore, del privilegio legale. E ciò

Digitized by Google

171. Cosicchè, per l'ipoteca volontaria v'è una speciale presunzion di legge che la infirma: per l'ipoteca legale, derivando essa da certi atti per sola virtù di legge, la presunzione non tocca (e non può toccarlo) un atto creativo distinto, separato, che non vi è: e, come la ragion prima sua è nell'atto cui si riferisce, converrà esaminare se contro l'atto alcuna presunzione di frode non vi sia, oppure se non sia impugnato con l'azione pauliana.

Nè con ciò s'offende la legge che l'ipoteca volle concedere: non s'infirma per frode questo favor suo, bensì l'esistenza dell'*atto* alla cui serietà e verità soltanto è consentito il benefizio della prelazione. E quando pur voglia dirsi che anche nell'ipoteca legale i due momenti della « *creazione* » e della « *costituzione* » son distinti (1), chi pensi che la legge esercita per l'atto e nell'atto la sua funzione creatrice del rapporto, che la creazione è cioè nell'atto stesso, vedrà che la costruzione proposta non muta: se dall'atto, per virtù che gli è inerente, scaturisce il diritto a costituir l'ipoteca, non si comprende la possibilità di presunzione che indipendentemente da esso colpisca la « *creazione* » della sicurtà: questa è nell'atto, e la sorte dell'atto è pur la sorte della garanzia che per virtù di legge ne deriva.

E neppur dà motivo a dubitare la distinzione qui fatta rispetto all'entità dell'ipoteca legale, per cui s'è separata l'ipoteca determinata da supposta volontà delle parti (ipot. legale *tacita*) dall'ipoteca legale in senso stretto, proprio: a tutta prima parrebbe difatti, che accogliendo tal costruzione, nell'ipoteca tacita s'abbia l'elemento della volontà, e quindi la possibilità di estendere almeno ad essa quella presunzion di frode onde nel periodo sospetto è infirmata l'ipoteca volontaria. Ma ciò non è: sebben la supposizione della volontà conforme sia una delle ragioni, e forse la fondamentale, che ha mosso la legge a derivar dalla virtù dell'atto il diritto a costituire l'ipoteca, la causa diretta, immediata del rapporto è la legge stessa, che all'atto quella efficacia creativa vuol conferire: indagando e costruendo l'origine dell'ipoteca legale, non si può, nell'ordinamento dato all'istituto, separare con effetto proprio, distinto, la parte della volontà diretta a costituire l'atto e la parte vòlta

---

mostra ancor meglio l'esattezza della distinzion proposta tra i due momenti di *creazione* e *costituzione* dell'ipoteca, ed il modo col quale essa funziona rispetto alle ipoteche legali, in confronto alle ipoteche volontarie.

(1) V. la n. preced.

Digitized by Google

a creare l'ipoteca che v'inerisce: quantunque s'intenda che la volontà è il motivo che tal effetto ha determinato, il negozio apparisce per sè, per l'entità giuridica sua, qual causa creatrice della sicurtà.

172. Della maggior efficacia che sulla provvision legale ha la provvision delle parti vòlta a regolare l'ipoteca per la dote e pei lucri dotali, s'è già detto: nel contratto matrimoniale le parti possono limitare l'ipoteca a *determinati beni*, e tal *restrizione* ha luogo o mediante designazion speciale delle cose sulle quali s'intende di costituir l'onere, o per via di *eliminazione*: intendendosi allora, che i beni *non eliminati* (e che sono idonei a comportare l'ipoteca nel momento in cui a tal fine vien considerato il patrimonio ipotecabile del marito) debbono essere gravati della sicurtà. A differenza di quel che avviene dell'ipoteca statuita a garanzia dei minori, l'accordo delle parti contenente la restrizione muta la causa della sicurtà, che ne riceve carattere di convenzionale, e però non è più possibile di procedere in seguito a nuova limitazion della garanzia con la riduzione: ch'è il correttivo della generalità, o quasi generalità, mantenuto dalla legge all'ipoteca *legale propria*.

Di quest'ultimo modo di limitare la sicurtà reale, si dirà a suo luogo (1). Qui occorre indagare, in relazione al concetto espresso della prevalenza che sulla provvision della legge ha la provvision delle parti, se quando questa sia tolta con atto posteriore, la maggior efficacia perduri: e la difficoltà vien risoluta agevolmente, dove si pensi, che acquistata alla donna l'ipoteca legale, la mutazion che dopo si voglia apportare alla sicurtà è disposizione che dev'essere legittimata o da clausola apposita contenuta nei patti matrimoniali, o da conforme provvedimento del magistrato (2), che lo rende se vi sia indotto per necessità od utilità evidente. In entrambi i casi, la mutazione è valida, quando la facoltà di procedervi sia esercitata con l'osservanza di tutte le condizioni che vi fossero connesse.

---

(1) La riduzione dell'iscrizione ipotecaria (costituzione dell'ipoteca) sarà studiata più innanzi, come correttivo della *generalità* ch'è in alcune figure dell'ipoteca odierna; qual correttivo dell'indeterminatezza del credito garantito, verrà descritta poi nella ricerca sulle modificazioni oggettive dell'ipoteca costituita.

(2) C. civ., a. 1405.

Digitized by Google

Ma anche di ciò in seguito, perchè la questione è parte della ricerca più ampia intorno la possibilità di modificare l'elemento oggettivo del rapporto, oppure il termine personale cui si riferisce, senza ch'esso muti di sostanza giuridica. La difficoltà che ora si connette a quel concetto di prevalenza ricordato, volge invece sulla validità del patto per cui la donna rinunci nel contratto all'ipoteca legale, ed anche sull'accoglibilità della domanda che sia poi fatta all'autorità giudiziaria di consentire il potere di rinunciarvi: e sta ancor quando per effetto della restrizion concordata, la garanzia abbia assunto la qualità di volontaria. Sul quale dubbio s'è insegnato in dottrina, e dichiarato nella giurisprudenza, aver la donna facoltà di pattuire la rinuncia, o di chiederla in seguito, perchè l'entità della dote o dei lucri dotali nulla ha che la tolga (1): se la dote è alienabile quando nel contratto di matrimonio quest'alienabilità sia voluta, o quando l'autorità giudiziaria la consenta, pare che altrettanto debba dirsi della possibilità di rinunciare all'ipoteca che deve garantirla, non potendosi ammettere, senza contraddizione certa, che il potere di disposizione esista nel caso più grave, e venga meno nell'altro dove occorre soltanto il diritto di sicurtà.

173. Poche considerazioni bastano a dimostrare come, malgrado la buona apparenza sua, la costruzione sia male impostata. E badisi anzitutto, che a cogliere integralmente la ragion della legge bisogna scansare, nel riandarne la storia, due ostacoli che possono fuorviare l'indagine: nel diritto romano, l'affermazione assoluta dell'inalienabilità può giustificare l'avviso che la donna abbia facoltà di rinunziare all'ipoteca privilegiata conferitale: e nel diritto francese vuolsi tener conto della poca simpatia che, per motivi di tradizione giuridico-sociale, v'è addimostrata per la dote: questo s'osserva, non perchè la legge romana consenta risolutamente il poter di rinuncia (2), o la legge civile francese non lo contesti invece in modo

(1) Cons. PACIFICI-MAZZONI, op. cit., I, 135; BIANCHI, *Contr. di matrim.* (2ª ed.), p. 185; Cass. di Torino 6 nov. 1891 (*Giur. torin.* 1891, 754); App. di Casale 29 luglio 1893 (*ib.* 1893, 560); in ispecial modo v. PAOLI, *Del matrimonio rispetto ai beni* (Torino, 1887), p. 191 e segg.

(2) L. 18 pr.; l. 21, D. *ad S. C. Velleian.* IV, 29. V. NEGUSANT., op. cit., p. 2, m. 4, nn. 81 e segg.; n. 85 in f. « *sed satis esse videtur quod remaneant bona sufficientia apud maritum pro dote* »; GLÜCK, op. cit., XIX, § 1104, t. e n. Cons. DERNBURG, op. cit.

Digitized by Google

espresso (1), ma per impedire che quei preconcetti possano in qualche modo perturbare la serenità della ricerca. Alla quale bastano due criterî fondamentali: l'inalienabilità cioè, che la legge italiana ha dato per carattere alla ragion dotale, riducendo l'eccezion contraria a due ipotesi speciali espressamente considerate: e la ragion dell'ipoteca legale, ch'è il favore addimostrato alla causa della dote (e dei lucri che vi si riferiscono), ed alla condizione particolare della donna così rispetto ai preliminari del matrimonio come all'amministrazione del patrimonio dotale. Il confronto tra i due concetti bene insegna, che se in termini strettissimi s'è voluta restringere l'alienabilità della dote pel favore di cui appar meritevole, il secondo concetto supplisce a ciò che di men favorevole è nel primo, pei due casi eccezionali or descritti: l'alienabilità rispetto al fine della dote ed alla giusta protezion della donna, è compensata con la garanzia che assicura la restituzione: anzi, è il freno della sicurtà che concorre a giustificare la restrizione al principio generale dell'inalienabilità (2).

La sussistenza della garanzia è quindi giusto correttivo alla possibilità di alienar la dote: che più appar manifesto, quando la facoltà di rinunciare all'ipoteca sia consentita nel medesimo contratto dove sia pur pattuita l'alienabilità della dote. Tanto varrebbe concedere il potere di sperdere le cose dotali, e ne sarebbe al tutto sconvolto il fine che il legislatore ebbe nell'ordinamento della dote, e dell'ipoteca vôlta a garantirla, la sicurezza cioè del patrimonio dotale per la destinazione speciale sua, e la protezion della donna: non si può davvero pensar seriamente che la legge l'abbia voluto e in pari tempo non l'abbia tutelato, quando s'avverta ch'essa consente in due ipotesi eccezionali l'alienabilità della dote, e non la *rinunzia* all'ipoteca dotale, che pur è figura compresa nel concetto ampio di alienazione (3).

---

(1) C. civ. fr., a. 2140.

(2) Cons. Duranton, op. cit., XX, 58 e segg.; Aubry et Rau, op. cit., § 264 *ter*; Pont, op. cit., I, 547 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 4023 e segg.; Jouitou, op. cit., 21. La possibilità della surrogazione nell'ipoteca legale della donna maritata, è regolata nel diritto francese dalla L. 23 marzo 1855.

(3) S'intende, che se non apertamente, ma per via indiretta si volesse ottenere il fine della rinunzia, il negozio sarebbe invalido per illecità della causa, contraddicendo a legge di ordine pubblico: cosicchè, il patto pel quale la donna si riservi

Digitized by Google

174. Sorta per virtù dell'atto costitutivo della dote e dei lucri dotali, l'ipoteca or descritta vien meno quando a causa d'inesistenza o d'invalidità, tal costituzione cadesse nel nulla; di queste ragioni giova qui avvertire a quella ch'è condizion tacita del contratto di matrimonio, la necessità cioè ch'esso segua effettivamente tra le parti, e in modo valido.

Perchè annullato il matrimonio, vien meno con la dote ed i lucri dotali ancor l'ipoteca ch'è destinata a garantirli: pure, se l'annullamento lasciasse integra la buona fede di entrambi i coniugi o della donna, intorno le cause che lo eccitarono, il carattere di *putativo* che il matrimonio ne avrebbe, mantenendo gli effetti civili suoi rispetto ai coniugi od al coniuge in buona fede, sosterrebbe con l'istituto dotale anche la sicurtà ipotecaria (1). E relativamente ai figli, frutto innocente della unione infirmata, questi effetti del matrimonio putativo, anche se uno solo dei coniugi sia in buona fede, s'avverano: la buona fede di uno solo dei coniugi salva benignamente la legittimità loro (2).

§ 3.

L'ipoteca legale spettante allo Stato per ragion di condanna penale.

SOMMARIO. — **175.** Ragion della legge. Termini in cui la sicurtà è contenuta, e carattere suo. — **176.** La prelazione tra i crediti ch' essa garantisce. — **177.** Cont.

175. Non ha ragion di privilegio il credito dello Stato per la riscossion delle spese di giudizio in materia penale, ma soltanto d'ipoteca: come avvenne più volte di osservare ricercando l'entità dell'ipoteca legale, questa sicurtà ha tratto dal « privilegio » l'o-

---

il diritto di cangiare in seguito i beni su cui è impostata l'ipoteca, o di estendere ad altri l'ipoteca ristretta ad alcuni di essi, non sarebbe nullo senz'altro, potendo la provvision delle parti sottentrare alla provvisione della legge; ma quando, o pel modo col quale il patto è convenuto, o pel valore dei beni, s'addimostrasse che s'è voluto far frode all'entità della garanzia legale, mascherando la *rinunzia*, la convenzione cadrebbe, non interamente, bensì (a meno che tal separazione di effetti non sia possibile) nella parte dove la violazion della legge si contiene.

(1) C. civ., a. 116.

(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

rigine sua diretta, riducendosi, dove non vi ha mescolanza di presunta volontà (ipot. legale tacita), a favorevole estimazion che la legge fa della causa del credito: e la considerazione speciale che la causa del Fisco ebbe sempre, l'interesse generale che vi si connette, ed i privilegi attribuiti ai suoi crediti, hanno concorso a determinare la prelazione pur concessagli con la forma dell'ipoteca legale (1).

Lo Stato difatti esercita una tra le sue funzioni più gelose difendendo la società contro chi delinque, e restituendo così agli associati la coscienza della propria sicurezza turbata dal delitto: giustamente l'autore di quest'offesa deve rifarlo delle spese giudiziali occorse per la punizion sua, come quelle che il suo mal fatto ha rese necessarie: e perciò giustamente questo credito dello Stato è garantito dall'ipoteca legale. Non dunque persecuzion di pena, ma la considerazione speciale della ragion del credito, determina il favore che s'esplica con tale sicurtà (2).

Vero è che a tal considerazione la ragion della pena non parrà totalmente estranea, quando si pensi che l'ipoteca garantisce i diritti di credito che vi accedono: cioè tutte le obbligazioni patrimoniali che, in conseguenza diretta del reato commesso, gravano sull'autore, che della pena, giusto compenso alla società offesa, risponde personalmente, e dei danni che alle persone il suo delitto cagionò, risponde coi proprî beni. Questo concetto di « *diritti di credito* accessorî della pena », determina nettamente il carattere del credito spettante al Fisco pel rimborso delle spese di giustizia penale, e dichiara quali altri crediti siano pur compresi nella sicurtà reale che allo Stato è consentita: se a causa del delitto lo Stato va incontro alle spese occorrenti all'esercizio della funzion punitiva, il privato che n'ebbe offesa può sentir danno dall'avvenuta diminuzione del patrimonio, o, quando s'ammetta la risarcibilità dei danni morali, dalla lesione inferta alla sua personalità. Entrambe queste ragioni di credito son comprese nella garanzia

(1) Sulla ragion generale della prelazione consentita al Fisco, v. il vol. I, p. 200 e segg.

(2) Le leggi romane, e perciò il diritto comune non consentivano al Fisco l'ipoteca per la pena (L. 17, l. 37 D. *de jure fisci*, XLIX, 14; L. 1 C. *poen. fiscal. credit. pref.*, X, 7; Negusant., op. cit., p. 2, m. 4, n. 114; Merlin., op. cit., l. 3, tit. 3, q. 88, nn. 5 e segg.; Surd., op. cit., l. II, *cons.* 199, n. 9; Glück, op. cit., XIX, § 1088, I, in f.) e per le spese d'inquisizione.

Digitized by Google

dell' ipoteca legale spettante allo Stato, che, esplicando l'azion sua giudiziaria in conseguenza del delitto avvenuto, tutela gl' interessi della società, e in pari tempo concorre a difendere quelli che più particolarmente si riferiscono all'offeso: il quale, senza l'estensione a suo vantaggio della sicurtà data al Fisco per la riscossione delle spese sopportate, potrebbe perdere i mezzi di rifarsi del danno patito. Identico è il fatto onde scaturiscono le due azioni penale e civile, e provvida perciò appare la disposizion della legge, che afforza col vincolo della realità la garanzia offerta al danneggiato dal patrimonio dell'offensore.

176. Le ragioni di credito così garantite dall'ipoteca legale conceduta al Fisco, e che son rapporti di obbligazione ch'ebbero causa o motivo di essere dal fatto delittuoso avvenuto, si riferiscono: 1) alla riscossion delle spese di giustizia, comprendenti i diritti dovuti ai funzionarî ed agli uffiziali giudiziarî, perchè anch'essi son crediti sorti qual conseguenza necessaria dell'esercizio della funzione punitiva; 2) al risarcimento dei danni attribuiti nella sentenza di condanna; e, 3) indirettamente, secondo si dirà in seguito, alle spese di difesa, ch'è istituto fondamentale nell'ordinamento di procedura.

La considerazione, meglio che della persona del creditore, della *causa* del credito (esercizio della funzion punitiva) e del *motivo* che n'è il sostrato (*delitto*) giustificano l'ipoteca or descritta: che non è *giudiziale* perchè non deriva da sentenza di condanna, ma *legale*, consentita com'è dalla legge per virtù del solo « *mandato di cattura* », quasi garanzia preventiva, conservativa, del credito che potrà sorgere in conseguenza della condanna. La natura del fatto onde il credito emana, spiega dunque questa favorevole estimazion della legge, per cui l'obbligazione s' afferma sul patrimonio col rapporto di sicurtà reale che vi accede; e, secondo avvien delle altre forme speciali d'ipoteca legale propria, basta a darle vita ch'esista la ragion del credito, la cui entità sarà definita in seguito con la condanna chiudente la procedura.

Com'è pur nel carattere dell'ipoteca legale, questa è sicurtà generale, e s'estende al patrimonio dell'obbligato nel senso che la causa di essa, e perciò il diritto a costituirla con l'iscrizione, grava su tutti i beni idonei a sopportarla, esistenti nel patrimonio del debitore (eventuale) al momento in cui il mandato di cattura è ordinato dall'autorità, e su tutti quelli che v' entreranno in seguito,

Digitized by Google

man mano che il loro acquisto avverrà: la generalità, secondo s'è osservato (1), esiste rispetto alla causa del rapporto di sicurtà, si riferisce cioè al diritto di costituirlo, mentre nella costituzion effettiva domina il principio della *specialità*, dovendosi per essa far consistere l'onere su ognuno dei beni ipotecabili particolarmente designati. Qui dunque non s'ha limite speciale, a quel modo che occorre per altre ipoteche legali ristrette di estensione, e la figura del privilegio, ch'è uno dei termini costitutivi di questa forma d'ipoteca, v'induce con piena interezza il gravame sul patrimonio: il solo limite è la non idoneità dei beni a comportar l'onere, o in conseguenza della particolare natura loro, o della condizione in cui il debitore si trovi rispetto al suo patrimonio per effetto del fallimento dichiarato. Del quale ultimo punto s'è discorso più sopra, dichiarando l'ipoteca legale della donna maritata, e si dirà in seguito, esponendo l'ordinamento intorno l'ipoteca giudiziale: certo, secondo i criterî accolti, l'ipoteca legale del Fisco non può essere constituita per via dell'iscrizione dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, ma può esserlo prima, nell'intervallo cioè tra questa data e quella cui sia fatto retrocedere il momento della cessazion dei pagamenti.

177. S'è osservato, che, per l'identica ragion di essere, vengono in questa specie di sicurtà reale anche le spese di difesa: vero, che la legge nell'indicare i crediti che vi hanno guarentigia, di tal obbligazione non dice: ma vero del pari, che indirettamente l'ipoteca vi s'estende, perchè, se contro ai crediti ch'espressamente ne son tutelati è attribuito il *privilegio* alle spese di difesa, s'intende, che la garanzia data ad essi mantien pur salvo rispetto a queste ultime il valore patrimoniale occorrente a soddisfarle. Il privilegio sul valore della sicurtà reale, suppone cioè di necessità che a questa il credito privilegiato partecipi: e prelazione hanno giustamente le spese di difesa, sacro com'è all'individuo, accusato dalla società di grave fatto illecito, il diritto di scolparsi.

(1) Di questo coordinamento tra il concetto della generalità ch'è nell'ipoteca legale propria, ed il criterio della specialità, ch'è tra gli ordini fondamentali del regime ipotecario moderno, s'è già detto.

Digitized by Google

CAPITOLO IV.

L'ipoteca giudiziale.

Generalità.

Sommario. — **178-180.** Ragion sua di essere; e carattere suo.

178. L'ipoteca giudiziale è il modo di essere dell'ipoteca legale intesa nel significato suo più ampio, frutto com'è della considerazione speciale in cui la legge volle tenere l'atto del magistrato. Certo, non è questo il solo concetto che nella storia dell'istituto apparisca quale ragion di sua origine, la cui indagine rivela il perchè di tal considerazione, non ristretta dapprima al solo atto giudiziale, ed abbracciante altri atti che avean comune con esso la « *sovranità* » esplicantesi nella *forma:* ma quando questa cessò dal determinare, secondo l'efficacia sua più estesa, il rapporto d'ipoteca, e la legge ristrinse tal virtù a certi atti soltanto, non più il significato della forma per sè, sibbene della forma in quanto rivestente questi atti, rimase la causa vera, diretta, dell'ipoteca detta « *giudiziale* ».

La qual si connette, non per la forma, bensì per lo sviluppo del concetto che vi era racchiuso, agli istituti del « *pignus praetorium* » e del « *pignus iudiciale* » (1): non che qui la decisione producesse ipoteca per sè, determinandosi pel provvedimento del magistrato, dichiarante il diritto secondo la funzion sociale inerente al suo officio, la procedura esecutoria sui beni del debitore: cosicchè l'elemento patrimoniale ch'era insito nell'obbligazione pretesa, s'estrinsecava pienamente e nettamente con un atto speciale del magistrato, in virtù dell'avvenuta pronuncia del diritto. La decisione conteneva dunque in sè la forza esecutoria, manifestantesi per l'essenza sua non qual semplice rapporto di garanzia, bensì qual poter di fatto sulle cose o su qualche cosa del debitore; e questo concetto dell' « *esecutorietà* » inerente alla « *forma* » del titolo, apparisce in altri istituti speciali al diritto franco, che dell'ipoteca giudiziale odierna son l'origine diretta.

---

(1) V. in q. vol. il cap. I, e gli Aut. cit.; cons. specialmente Esmein, mon. cit.

Digitized by Google

Perchè in questo diritto, come nel germanico, s'avverte l'identico svolgimento che il rapporto di « *obbligazione* » ebbe nel diritto romano, transmutandosi da vincolo puramente personale in patrimoniale (1): l'intromettersi del qual elemento nell'obbligazione apparisce in questi fonti del diritto intermedio con la forma dell' « *obligatio bonorum generalis* », non inducente dapprima alcun potere diretto sui beni, sibbene la sola presenza efficace di quel termine nel rapporto obbligatorio. Ma s'intende, che per via di questo elemento appariva ben giustificato il diritto del creditore a procedere sui beni dell'obbligato, e, però confondendosi da principio ciò ch'era virtù intima dell'obbligazione (elemento patrimoniale del rapporto) con la virtù esecutiva inerente all'atto dell'autorità constatante il diritto di credito, l'atto notarile munito del sigillo sovrano conteneva nella sua maggior efficacia l'*obligatio bonorum generalis:* e quando questo istituto nella sua prima forma rientrò nel concetto economico-giuridico dell'obbligazione, e invece come istituto particolare venne assumendo, come difatti assunse, entità d'*ipoteca generale*, la virtù di dargli vita venne mantenuta all'atto notarile, ed attribuita alle dichiarazioni ricevute o riconosciute dal giudice. In tal modo, la forza esecutiva inerente allo stromento notarile, conservò a questa, qual parte di sua essenza, l'*oblig. bonor. generalis* nella nuova forma ch'ebbe cosicchè l'« *ipoteca generale* » che nel diritto francese intermedio derivava dagli atti notarili, dev'essere considerata qual principio d'esecuzione sui beni, secondo la virtù propria all'atto: e però, non dal fatto che la costituzion dell'ipoteca generale fosse clausola di rito contenuta negli atti notarili (2), ma dalla virtù del « *sigillo sovrano* » si trae la ragion della legge, che agli stromenti pubblici faceva inerire la garanzia dell'ipoteca generale, ben potendo la forza esecutiva dell'atto manifestarsi con la forma di esecuzion vera, o di sicurtà vòlta a prepararla. In ambe le forme, l'azion del creditore s'esplicava direttamente sui beni: la prima (esecuzione) induceva la liquidazione, la seconda invece la sospendeva, assicurandola tuttavia per l'avvenire: e nelle stesse figure del *pignus praetorium* e del *pignus iudiciale* domina questo concetto dell'esecuzione, manifestantesi con un atto di sicurtà che la prepara.

---

(1) V. il rinvio fatto nella n. preced.; e il cap. prec. in pr.
(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

179. Vero è che nella legge romana s'avverte qualche traccia di un altro concetto, ch'è la considerazion dell'*atto* constatante il diritto di credito, e fondata non sull'« *autorità* » inerente alla forma sua, bensì sulla « *certezza* » del rapporto che vi è dimostrato (1): e che nell'antico diritto franco (2) era attribuita una ragion di prelazione al creditore che primo agisse in giudizio pel soddisfacimento del suo diritto. Sebbene rispetto a quest' ultimo istituto possa parer che rappresenti come un diritto di prevenzione consentito ai creditori sulla comune garanzia patrimoniale (mobiliare), e quindi un lontano principio di esecuzione sui beni, in entrambi par che s'avverta meglio che la virtù esecutoria dell' atto, un favore speciale consentito dalla legge alla « *certezza* », alla « *sicurezza* » del diritto che per esso si manifesta: ch' è il motivo precipuo per cui nel diritto intermedio francese l' ipoteca inerente agli atti notarili s'estese alle sentenze dei tribunali. Ben queste avevano la forza esecutiva, eppure di quella virtù erano prive; e quando parve contraddittorio che l'avessero gli stromenti notarili e non le sentenze giudiziali, la parificazione ordinata dovette certo dipendere dalla « *considerazione speciale dell' atto della pubblica autorità dichiarante il diritto* » (3).

180. E questo è il concetto che predomina nella ragion di essere dell'ipoteca giudiziale odierna. Non che in essa ogni traccia dell'elemento tradizionale della virtù esecutiva inerente alla sentenza sia totalmente scomparsa: ma si volle distinguere tal forza connaturata all' atto, esistente perciò come « *titolo esecutivo* », dall'altra contenente soltanto un « *principio di esecuzione* » manifestantesi con la figura della « *sicurtà reale sui beni dell'obbligato* »: cosicchè, la condanna in quest'ultimo caso produce il diritto di agire sui beni a fin di vincolarli col rapporto di sicurtà reale, e la obbligazione determinata dalla sentenza si afferma *realmente*, per via dell'alienazion del valore che in quel rapporto è contenuta.

Se altra fosse la ragion della legge, se cioè la sola forza esecutiva dell'atto dovesse dichiarare la sua virtù produttiva dell'ipoteca,

---

(1) L. 10 D. *qui pot. in pign.*, XX, 4: e specialmente, L. 4, § 6, D. *de re iudic.* XLII, 1.

(2) V. in q. vol. il cap. I, cit.

(3) Cons. Esmein, mon. cit. V. in questo vol. il cap. I cit.

Digitized by Google

non s'intenderebbe in qual modo, diversamente dall' ordinamento antico, le obbligazioni constatate da stromento notarile tal'efficacia più non abbiano; la legge separò i due effetti or descritti dell' *esecuzione reale*, e della *garanzia reale* preparante od assicurante l'esecuzione, e se all'atto notarile mantenne il primo, alla sentenza li attribuì entrambi, maggiore dovendo essere la virtù sua, perchè constata il fatto giuridico, e dichiara il diritto che ne deriva. S'ebbe dunque in considerazione non il solo « sigillo sovrano », bensì l'*officio* del giudice, al quale spetta uno dei ministeri più alti che compongano la sovranità.

Fissata così la ragion della legge, s' intende perchè in termini ristrettissimi abbia essa giustamente limitato gli atti che all'ipoteca giudiziale possono dar origine: alla qual condotta non parranno forse estranee la dottrina del diritto comune negante agli stromenti notarili ed alle sentenze la virtù di produrre tal rapporto di sicurtà, e la critica vivacemente mossa all' ordinamento legale francese (1), che pur avea ristretto a sua volta il diritto tradizionale. Le considerazioni or fatte, dichiarano dunque come la virtù di generare la sicurtà ipotecaria spetti soltanto alle sentenze del magistrato, affermanti un rapporto di obbligazione al cui adempimento il condannato è astretto: e ciò avvien pel carattere speciale dell'atto pronunziante il diritto, e perchè dagli atti che lo han preceduto efficamente è dimostrata la volontà dell'attore di ottenere il soddisfacimento del suo avere, nel che riapparisce il concetto della « *prevenzione* » già segnalato; e l'atto stesso, senza pur indurre novazione alcuna nella ragion del credito, le dà particolare consistenza, dichiarando che il diritto assiste la domanda della parte vittoriosa. Per il che, quando s'avverta a tal entità della sentenza di condanna, ben si vedrà quanto di esagerato e di non vero sia nelle critiche mosse all'istituto dell'ipoteca giudiziale: la pretesa ingiustizia del maggior favore consentito al creditore col potere datogli d'inscrivere l'ipoteca, vien meno di fronte alla maggior sollecitudine ch'egli ha posto nell'esercizio del suo credito, ed alla dichiarazion del suo diritto: se a ciò poi s'obbiettasse che quella sollecitudine non deve mutare le ragioni di garanzia spettanti ai creditori sul patrimonio del debitore, e che la sentenza *dichiarando* il diritto di credito nulla vi può o deve aggiun-

(1) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1279: De la Grasserie, in *Bullet. de la Soc. de Lég. comp.*, 1899), p. 486.

Digitized by Google

gere che ne muti l'estensione, ben si risponde che l'efficacia dell'atto non è di modificare la natura del diritto, ma di somministrargli garanzie speciali pel suo esercizio. S'aggiunga poi, che considerazioni d'ordine economico-sociale, giustificano l'istituto: l'esistenza del vincolo reale, può difatti persuadere il creditore a conservare il patrimonio immobiliare all'obbligato; e d'altra parte, s'egli per motivi di timore o d'impossibilità a sostenere le spese, non potesse procedere all'esecuzion sui beni, questo ritardo non gli nuoce, e l'ipoteca lo garantisce contro gli atti del debitore vòlti a diminuire validamente l'aver suo.

§ 1.

Quali sentenze diano diritto a costituir l'ipoteca giudiziale.

SOMMARIO. — **181.** La sentenza non muta l'entità del diritto dichiarato, ma siccome lo *dichiara* dà il diritto alla costituzion e (creazione e costituzione) della sicurtà; quindi l'atto produce questo effetto allorchè, 1° dichiara il diritto di obbligazione, 2° condanna l'obbligato ad osservarlo. — **182-185** *bis*. Hanno tal valore le pronunzie dei tribunali giudiziari ed amministrativi. Le conciliazioni non hanno gli estremi or descritti, e non producono il diritto all'ipoteca. Neppur lo hanno i provvedimenti resi in tema di giurisdizione volontaria; e le ordinanze, anche se esecutive. — **186-187.** Cosa debba contenere la *condanna* dell'obbligato: entità cioè dell'obbligazione imposta. Applicazioni.

181. La sentenza, dichiarando l'esistenza del diritto non ne altera, come s'è detto, in veruna parte la natura ed il contenuto: ma pel carattere suo ne afferma la maggior virtù, e quindi dà modo, per la speciale considerazion che la legge ne fa, di consolidarlo, di farlo insistere con figura di realità sui beni, mutando in sicurtà particolare, determinata, quella garanzia generale diffusa sull'intero patrimonio del debitore, e manifestante l'elemento patrimoniale dell'obbligazione. Ora, se l'idoneità a produrre tal effetto, ch'è la creazione e costituzione dell'ipoteca, vien attribuita dalla legge alle sole *sentenze inducenti condanna ad un'obbligazione* (1); e se pel carattere di privilegio ch'è pure ragion di essere dell'ipoteca giudiziale, questa benigna considerazion della

(1) C. civ., a. 1970.

Digitized by Google

legge non può essere estesa oltre i termini in cui manifestamente si volle contenerla, chiaro è che a designare cosa s'intenda per « *sentenza* » due criterî fondamentali debbono concorrere.

È necessario dapprima che l'atto contenga la « *dichiarazion del diritto di obbligazione* »: e la « *dichiarazione* » a sua volta, perchè tale sia realmente, in conformità cioè alla legge, più estremi richiede e presuppone: che l'autorità ond'emana, abbia potere a ciò fare, abbia cioè *giurisdizione* (1), per cui sia investita del sovrano ufficio di dire il diritto tra le parti contendenti: che sull'esistenza od il contenuto del rapporto giuridico siavi stata pretesa da un lato contraddizion reale o possibile (2), dall'altro, e la definizion della controversia sia deferita, con la procedura di legge, a quest'autorità: che infine sia resa la decisione statuente sulla domanda, e che per tale statuizione « *una parte sia costretta verso l'altra ad una determinata obbligazione* ». Mancherebbe altrimenti lo scopo della sicurtà reale, vòlta a garantire la ragion di credito dichiarata nella sentenza.

Dei quali criterî basterà ricordare, che son dedotti dall'entità or assegnata all'istituto dell'ipoteca giudiziale, e dalle considerazioni giustificanti l'accoglimento ch'esso ebbe nel diritto ipotecario odierno: le applicazioni che facilmente si possono inferirne, verranno esposte in seguito. Ma giova insistere nell'osservazione fatta, che cioè l'ipoteca giudiziale non muta il contenuto dell'obbligazion dichiarata nella sentenza: e aggiungere, che sebben risponda alla natura dell'ipoteca in genere, tuttavia, il creditore che tal sicurtà s'è costituito ha più fortemente, e con altra figura, fatto consistere il suo rapporto di credito sui beni del debitore così onerati; creditore chirografario è rimasto tale in virtù della sentenza, e pure per effetto dell'ipoteca giudiziale è diventato soggetto di un altro diritto, vòlto ad assicurare con « *l'alienazione speciale di valore* » il rapporto personale di credito. Ed è per tal

(1) Civile o penale: il magistrato penale può ben condannare al rifacimento del danno.

(2) Perchè anche le sentenze proferite in contumacia producono l'ipoteca giudiziale. Cons. Duranton, op. cit., XIX, 338; Aubry et Rau, op. cit., § 265; Troplong, op. cit., II, 443bis; Pont, op. cit., I, 596; Thézard, op. cit., 74; Guillouard, op. cit., II, 897; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1237. Cass. fr. 18 marzo 1880 (*J. du P.*, 1880, p. 1013). S'intende che l'ipoteca terrà se, la sentenza contumaciale non sia poi invalidata.

Digitized by Google

alienazione contenuta nella sicurtà reale, ch'egli di fronte ai creditori chirografari, ed ai successori del debitore, acquista una posizion giuridica distinta: non è più soltanto avente causa, sibbene avente causa come terzo.

182. S'è detto che il primo degli estremi concorrenti nella « *sentenza* » affinchè valevolmente ne derivi il diritto a costituir ipoteca, è il contenersi nell'atto la *dichiarazion del diritto di credito*, e s'è accennato agli elementi parziali che in tal concetto si riassumono. Dalla necessità, così descritta, che la dichiarazione emani da un'autorità avente potere di renderla (giurisdizione), s'inferisce, che siccome tal potere compete ai tribunali giudiziari (1) ed agli amministrativi, le sentenze rese dall'autorità giudiziaria, e quelle date dalle autorità cui spetta la funzione della giustizia amministrativa propriamente detta, o di questa giustizia in materia di contabilità, posson produrre ipoteca quando concorrano gli altri estremi a ciò necessarî.

Il qual potere, se non fosse inerente all'atto da principio, può essergli acquistato in seguito con l'osservanza delle norme speciali che a tal fine la legge esige, e da tal momento la « *sentenza* » determina il diritto di costituire l'ipoteca: così, il « *lodo arbitrale* » ha questa virtù dall'istante ch'è reso esecutivo pel provvedimento dell'autorità competente (2), che gli comunica il carattere di atto emanato dal potere investito di funzion giudiziaria: e le sentenze pronunziate dai tribunali stranieri producono ipoteca, quando, giusta le norme statuite dalla legge di procedura, sian dichiarate esecutive per effetto dell'avvenuta delibazione (3). Il qual giudizio non è revision della sentenza, sibbene indagine intorno all'osservanza della legge ch'essa ha seguito, ed alla contraddizion possibile con le leggi nazionali di ordine pubblico (4): cosicchè, se per via della delibazione

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 265; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 88; Huc, op. cit., XIII, nn. 193 e segg.; Pont, op. cit., I, 580; Guillouard, op. cit., II, 886; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 1236 e segg.

(2) C. pr. civ., a. 14; C. civ., a. 1972. Cons. Guillouard, op. cit., II, 883; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1256.

(3) C. civ., a. 1973: anche se la sentenza fosse arbitrale. Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 769*ter*; e specialmente Valette, *Mélang.*, cit. I, 351.

(4) C. pr. civ., a. 941 e segg

Digitized by Google

si constati che quelle vennero ben applicate e che conflitto con queste ultime non vi è, l'esecutorietà data supplisce al difetto di « *sovranità* » ch'è nell'atto reso dal tribunale straniero: e attribuendogliela secondo il diritto pubblico nazionale, lo fa idoneo a produrre gli effetti delle sentenze emanate dai tribunali dello Stato, e perciò anche l'ipoteca giudiziale.

Non è dunque che quest'ipoteca derivi dall' « *esecutorietà* » per sè, ossia dall' atto col quale intervien l'autorità giudiziaria dello Stato: potrebbe ciò dirsi quando il « *giudizio di delibazione* » fosse veramente un « *giudizio di revisione* », e neppur in questo caso l'affermazione sarebbe al tutto esatta : l' esecutorietà dà alla sentenza del tribunale straniero il potere giurisdizionale che non ha per sè, a ragion della sovranità e però dell' indipendenza, spettante ai singoli Stati, e s'intende come supplito per via della delibazione a tal difetto, la decisione possa produrre l'ipoteca (1). La qual considerazione vale a giustificare l' ordinamento della legge: in mancanza dell' espressa disposizion sua ben si sarebbe potuto dubitare, se per effetto dell' esecutorietà tal virtù alla sentenza del tribunale straniero potesse attribuirsi: non difatti la sola forza esecutiva dell' atto, bensì l'estimazion particolare della legge pel carattere ch'esso ha, e che gli deriva dal potere di chi lo pronuncia, è la ragion diretta dell'ipoteca giudiziale: ora tal estimazione, riferendosi al diritto pubblico interno, non si sarebbe potuta estendere alle sentenze dei tribunali stranieri sebben dichiarate esecutive.

183. Certo, come in difetto di espressa disposizione attribuente tal virtù ai giudicati stranieri, i trattati potrebbero ben consentirla: così, la concessione può essere modificata o tolta da queste convenzioni internazionali (2).

184. Manca il carattere di atto reso dal « giusdicente » alle conciliazioni seguite tra le parti (se volontariamente comparse, o no, non importa) davanti al pretore (3) o davanti al conciliatore per somme non eccedenti o che eccedono la sua competenza (4) : qua il

(1) C. civ., a. 1973 cit.
(2) C. civ., a. 1973 cit.,; C. pr. civ., a. 950.
(3) C. pr. civ., a. 417.
(4) C. pr. civ., a. 7. mod. dalla L. 16 giugno 1892, a. 12.

Digitized by Google

magistrato adito non funziona qual giudice, non dichiara a qual tra le parti contendenti spetti il diritto, ed attesta soltanto per via del relativo verbale la volontà loro di accordarsi intorno l'oggetto della composizione: non è insomma l'autorità sovrana della giustizia che interviene, bensì il volere degli interessati che dà norma privata al rapporto ch'è tra essi. Cosicchè, a tal volontà non si può estendere quella considerazion dell'atto e dell'officio da cui emana, ch'è la diretta ragion di essere dell'ipoteca giudiziale (1).

185. Se il magistrato che ha pronunciato la dichiarazion del diritto è investito del potere che a ciò lo rende capace, non importa s'egli non avesse « *competenza* » a farlo: si può anzi dire che l'*atto* idoneo a produrre ipoteca non perde tal virtù se da vizio di annullabilità sia infetto, ossia che l'ipoteca constituita per esso ne segue interamente le sorti, e però finisce di esistere quando l'annullamento seguito abbia tolto esistenza alla causa che la produsse. In applicazion di ciò s'intenderà di leggieri che l'ipoteca inscritta in seguito a sentenza del primo giudice, verrà meno quando nel giudizio di appello sia stata al tutto corretta: se lo fosse soltanto in parte, potrà essa restringersi nel suo contenuto a quanto del primo giudicato venne mantenuto. Che se poi l'ipoteca venisse costituita in virtù della sentenza pronunziata dal secondo giudice, essa terrà se la decisione non sia stata annullata per intero in sede di cassazione: e quando fosse stata inscritta per effetto della prima sentenza riformata poi in giudizio di appello, e questa seconda sentenza fosse a sua volta annullata in sede di cassazione, quella riterrà l'efficacia sua, e anche l'ipoteca riavrà vigore, purchè questo non le sia tolto nella successiva procedura (2).

Onde la regola, che, per ragion di causalità, se la parte condannata siasi valsa dei mezzi d'impugnare le sentenze contro la decisione producente l'ipoteca giudiziale costituita, la riforma del giudicato indurrà necessariamente l'estinzion dell'ipoteca, o la riduzione del contenuto suo: l'estensione cioè della riforma avvenuta, dà la misura dell'effetto che la costituzion dell'ipoteca dovrà risentirne.

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 265; Troplong, op. cit., II, 448; Pont, op. cit., I, 588; Thézard, op. cit., 75; Guillouard, op. cit., II, 891; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1225; Valette, *Mélang.*, cit., I, 375.

(2) Cons. gli Aut. cit., op. cit., e specialmente Guillouard, op. cit., II, 898; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1240.

Digitized by Google

185bis. A costituir la « *sentenza* » idonea a produrre l' ipoteca giudiziale non basta che l'atto emani dal potere che abbia giurisdizione ad emanarlo: come avvenne già di osservare, è pur necessario che la « *dichiarazione del diritto* » segua la contesa, che intervenga a terminar la controversia sorta intorno al punto ch'essa ha deciso. Quindi le semplici ordinanze, anche se esecutorie (com'è dei provvedimenti dati pel pagamento di onorari ai patroni delle cause), non sono atti idonei a produrre ipoteca giudiziale; vero è che egual effetto (limitato tuttavia pel tempo) possono ottenere con la trascrizioni del precetto immobiliare, e che la sentenza resa sull'opposizion fattavi, è idonea a costituire tal sicurtà (1). Parimenti, ogni atto reso in sede di giurisdizion volontaria, mancandovi la pronuncia del diritto tra i contendenti, di questa efficacia è privo; come ne son prive le sentenze rese in via contenziosa, e pur difettevoli al tutto di tal pronuncia; ad altro riferendosi il provvedimento ordinato (per es. se ordinasse una divisione delegando il notaio a procedervi): purchè non vi sia la condanna della parte resistente, nelle spese, che s' avrebbe allora una vera pronuncia del diritto, e perciò l'effetto dell' ipoteca giudiziale (2).

186. Finalmente, perchè la sentenza possa produrre l'ipoteca or descritta, deve assieme al primo concorrere il secondo degli elementi fondamentali accennati: che imponga cioè una determinata obbligazione, contenga cioè la « *condanna* » ad una prestazione, mancando altrimenti la ragion di essere dell' ipoteca ch' è rapporto accessorio di un diritto di credito. Ma quando si dice che l'obbligazione risultante dalla condanna dev' essere « *determinata* », non s'intende che la sentenza debba descriverne e fissarne il contenuto: può questo esservi « *determinato* » in tutti gli elementi che lo compongono, e può invece la decisione limitarsi a porre a carico della parte condannata una data specie di obbligazione comprendente in sè tutte le altre prestazioni che a questa necessariamente si ranno-

---

(1) Cons. Troplong, op. cit., II, 438 e segg.; Pont, op. cit., I, 575; Guillouard, op. cit., II, 906, 907; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1228, 1237, Una sentenza interlocutoria, che in verun modo contenesse condanna, neppure alle spese dell'incidente, non potrebbe quindi produrre ipoteca giudiziale. V. Aut. cit., loc. cit.

(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

dano, ed altro non sono che l'esplicazion della causa intima dell'obbligazione dichiarata nella sentenza (1).

La quale dunque, può, secondo il primo di questi due concetti, contener la condanna: 1) al pagamento di una somma; 2) alla consegna di cose mobili; 3) all'adempimento di altra obbligazione che possa risolversi nel risarcimento di danni: le quali ipotesi, descritte dalla legge, si riassumono tutte in quest'unica di condanna al soddisfacimento di un'obbligazione specializzata nei termini suoi. E si può distinguere secondo che l'oggetto dell'obbligo fissato dalla decisione consiste nel *dare*: avvertendo che se l'imposizione di consegnare si riferisce a cose immobili, la parte vincitrice potrà agire direttamente in virtù del suo titolo, non incontrando così esteso, come pei mobili, l'ostacolo grave del possesso tenuto dal terzo di buona fede, ma pel risarcimento dei danni sopportati, e di quelli cui può dare ancor causa l'inadempimento dell'obbligazione, può esser valevolmente tolta l'ipoteca giudiziale (2); secondo che l'oggetto contiene il *fare* od il *prestare* l'indennità derivante dalla mancata osservanza dell'obbligazion di dare (come s'è or accennato) o di fare, e in tutti i casi ne vien determinata l'entità giusta i principî che governano gli effetti dell'obbligazione.

Cosicchè, col designare l'oggetto della condanna la legge intese di definire i termini pel cui concorso la sentenza ha virtù di produrre l'ipoteca giudiziale: l'obbligazion di dare, o fare, o prestare, vi dev'essere direttamente, immediatamente imposta, e all'esistenza di tal vincolo corrisponde, in qualità di rapporto accessorio di garanzia, la sicurtà reale. Intese cioè a risolvere il dissidio che potrebbe sorgere sull'estension di questa virtù, perchè parrebbe che non soltanto per l'obbligazione imposta dalla sentenza, ma per qualunque altra che in qualche modo vi si possa riferire valga l'ipoteca giudiziale costituita in sicurtà di quella: e quando tal dottrina s'accogliesse, l'ipoteca inscritta per effetto di quell'obbligazione potrebbe garantire un altr'obbligo imposto soltanto più tardi, ma

(1) V. la n. 1. Cons. Cass. Roma, 1 giugno 1886 (*Legge*, 1886, II, 37); Cass. Torino 9 dic. 1893 (*ib.* 1894, I, 198); e App. Venezia 21 luglio 1899 (*ib.*, 1900, I, 310), che fa corretta applicazion del principio esposto al caso di sentenza obbligante i proprietari di dati beni, e come tali giuspatroni *di far eseguire* la riparazione ad una chiesa.

(2) Cons. Guillouard, op. cit., II, 887; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1451 e segg. V. la n. preced.

Digitized by Google

avente nella prima sentenza la sua mediata ragion di essere. Nella qual ipotesi potrebbe dubitarsi se quest' estensione non induca l'esistenza di un'ipoteca costituita prematuramente, e quindi non validamente: e di qui la dottrina opposta a quella or descritta, che, soverchiamente restringendo, esige sia la condanna contenuta nella sentenza, quantunque la determinazione netta, rigorosa dell'oggetto da prestare debba seguire in altro giudizio (1).

Ora, quell'indicazion di oggetto che la legge fa per dichiarare quali sentenze producono ipoteca giudiziale, potrebbe parer fatta allo scopo di evitare ogni estension dell'ipoteca a condanna diversa da quella per cui è valevolmente constituita: e, se ben si avverte, ogni ragion di dubitare e di dissidio intorno la virtù della sentenza di condanna sparisce, adottando il secondo dei concetti esposti: non è vero, cioè, che l'ipoteca costituita per effetto di sentenza si estenda ad ogni altra condanna posteriore che a questa in qualunque modo si riferisca, ma non è vero neppure che non vi s'estenda mai: si estende nel caso di condanna posteriore che a ragion di causalità sia compresa necessariamente nell'anteriore, di cui sia così conseguenza, sviluppo necessario. Con questa seconda parte del concetto proposto, e che esplica, determina la prima, s'intende e si giustifica la dottrina della virtù che la sentenza ha di produrre ipoteca per l'obbligazione imposta, e per quelle altre condanne che direttamente, immediatamente ne dipendessero: lo sviluppo successivo dell'obbligazione è per necessità contenuto nella prima condanna, e l'ipoteca costituita in virtù di questa, validamente vi s'estende.

187. Non ogni sentenza che possa produrre condanna in seguito, ma in quanto contenga di già la condanna ad una prestazione che potrà poi essere determinata nella sua entità, o che si potrà poi svolgere con altre decisioni, produrrà dunque il diritto a costituire l'ipoteca giudiziale. Nè, data la chiarezza del concetto proposto, occorrono molte applicazioni a chiarirlo, e basterà accennarne una, ch'è stata questione assai discussa; se, cioè imposta nella sentenza l'obbligazione di render conto, l'ipoteca iscritta possa garantire il reliquato passivo che sia poi accertato contro la parte condannata.

---

(1) Cons. Duranton, op. cit., XIX, 337; Aubry et Rau, op. cit., § 265; Pont, op. cit., I, 574; Guillouard, op. cit., II, 901 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1229, e segg.

Digitized by Google

Per un verso s'è detto che l'ipoteca qui giustamente si debba estendere, perchè la condanna di pagare il reliquato è già contenuta nell'obbligazione e nella relativa condanna di rendere il conto, quasi che questa imponesse e l'obbligo del resoconto, e quello di pagare la differenza passiva che ne derivasse a carico della parte condannata (1): per converso s'è osservato, che le due obbligazioni sono distinte, e l'ultima si connette alla prima soltanto in modo eventuale (2). Ora, dei due modi di costruire, nessuno par che risponda alla legge: che importa se l'obbligazione e la condanna posteriore solo *eventualmente* si connettono alla prima? L'*eventualità* impedisce forse che tra le due condanne, e le due obbligazioni che vi son contenute, esista il vincolo di *causalità*, per cui l'ultima non si riferisce, ma si connette direttamente, immediatamente all'anteriore che in essa ha il suo necessario e conseguente sviluppo?

La qual critica non fa tuttavia, che la prima delle due risoluzioni proposte appaia giusta: chè tale è invece la seconda. La sentenza che condanna al rendimento di conti, impone un solo obbligo ch'è quello di *darlo*, e l'inadempimento, risolventesi nella prestazion del danno, si potrà valevolmente garantire con l'ipoteca giudiziale. Ma questa non si potrà estendere alla condanna posteriore di pagare il reliquato passivo che dalla liquidazion sia risultato: che quest'obbligazione si riferisca alla prima, è vero, ma altra è la sua causa, e da quella indipendente al tutto, avendo la sua ragion di essere nel fatto che il condannato si tenne più del dovuto, o negava di dare ciò ch'era dovuto. Altro dunque è qui il tema dell'obbligazione, non speciale alla parte condannata al resoconto, e comune anche all'altra, perchè entrambe son pari nel tema della liquidazion dei conti: il primo rapporto si riferisce all'ingiusto diniego di rendere, di assestare i conti, e la sentenza obbligandovi il resistente, lo ha fissato: il secondo ha tratto ad un fatto giuridico diverso, la *liquidazione*, che da quel primo rapporto non può essere in alcun modo influenzato, perchè i termini speciali su cui è impostato e svolto si riferiscono a tutte le parti interessate. Tant'è, che il reliquato passivo può rimanere a carico della parte ch'è

(1) Duranton, op. cit., XIX, 307; Aubry et Rau, op. cit., III, § 265; Pont, op. cit., I, 574; Guillouard, op. cit., II, 914.

(2) Troplong, op. cit., 439; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1232; Valette, *Mélang.* cit., p. 378 e segg.

Digitized by Google

stata vittoriosa nel giudizio chiuso con la condanna al resoconto; ora, se il nuovo giudizio fosse col primo in relazione di causalità intima, non s'avrebbe ragion di vietare alla parte che vi soccombe d'iscrivere ipoteca contro la parte vittoriosa, che nella liquidazione potrebbe a sua volta rimaner debitrice. Concetto assurdo, mancando la condanna che in alcun modo consenta d'iscrivere dell'ipoteca giudiziale.

§ 2.

Dei beni sui quali l'ipoteca può gravare.

SOMMARIO. — **188-189.** Generalità di quest'ipoteca: e come s'intende. Principio generale intorno ai *beni* idonei a sopportarla. In qual momento il patrimonio si considera. — **190-191.** Beni spettanti a persone incapaci. Beni spettanti ai corpi morali, e non alienabili senza l'osservanza delle norme speciali a ciò relative. — **192-196.** Beni componenti un patrimonio in istato di liquidazione. Fallimento. — **197.** Eredità giacente; eredità beneficiata. — **198-199.** Beni inalienabili: dote, e beni cadenti nella comunion degli utili.

188. A quel modo che il patrimonio intero del debitore è obbligato in conseguenza del vincolo personale ch'egli ha costituito o concorre a costituire (elemento patrimoniale dell'obbligazione), e ch'è constatato nella sentenza, la ragion di prelazione e la forma di *sicurtà* reale per cui s'esplica, abbracciano tutto il patrimonio, ossia tutti i beni ipotecabili che lo compongono; la qual generalità, ben giustificata dall'entità e dai motivi che indussero ad accogliere l'istituto or descritto, esiste rispetto al momento ch'è *quasi* creazione del rapporto, al diritto cioè di crearlo veramente e costituirlo. Difatti, la *costituzione* di esso avviene non sul *patrimonio* considerato quale universalità, ma sui beni singoli ipotecabili considerati *specialmente*, nel tempo in cui è nato il diritto all'ipoteca, oppur in seguito, ogni qualvolta di questi beni il patrimonio s'aumenti.

Onde la regola, i cui termini verranno ora svolti, che l'ipoteca giudiziale può essere creata e costituita sui beni componenti il patrimonio del debitore, in quanto siano idonei a sopportarne l'onere: il qual concetto mostra di già, come l'estimazion dei beni rispetto

Digitized by Google

a tale idoneità segua per criterî oggettivi, non per la considerazione soggettiva della capacità del debitore.

Del che, come s'è detto, appresso. La prima ricerca che or s'impone a dichiarazion della regola proposta, è quella del definire il momento in cui il patrimonio del debitore dev'essere considerato a fin di determinare quali beni sian validi a sopportar l'ipoteca: ed è l'istante in cui la sentenza esiste, perchè a lei asserisce la legge tal virtù generatrice della sicurtà reale; sui beni dunque che in tal momento esistono nel patrimonio dell'obbligato, e che sono ipotecabili, l'ipoteca giudiziale valevolmente può essere constituita. A constatar poi quest' « *esistenza* » occorrono due termini: anzitutto la costituzione effettiva dell'ipoteca cui per la sentenza s'ha diritto, perchè soltanto la sicurtà costituita con le formalità necessarie attribuisce al creditore il potere sui beni onerati: e che nel momento in cui tal costituzione avviene, le alienazioni già fatte dal debitore non esistano nelle forme occorrenti perchè sian valide rispetto ai terzi (trascrizione, iscrizione), dovendosi ritenere in tal caso, che i beni siano usciti dal patrimonio dell'obbligato: a meno che non vi rientrino per via di risoluzione, o di rescissione o revoca dell'atto.

189. E però, *se al momento in cui la sentenza esiste* sianvi beni usciti dal patrimonio dell'obbligato, ma senza che l'acquirente abbia ancor eseguito le formalità necessarie affinchè l'alienazione esista rimpetto ai terzi, il creditore potrà valevolmente inscrivere su di essi l'ipoteca giudiziale: parrebbe, è vero, che se il diritto a costituir l'ipoteca è dato dalla sentenza, il creditore dovrebbe estimare il patrimonio così com'esso è nell'istante in cui tal atto esiste, e siccome questo non muta la condizion di creditore chirografario, così, *tra gli aventi causa del debitore,* gli atti compiuti dal comune autore dovrebbero produrre effetto senza il bisogno della pubblicità riferentesi ai terzi. Or, accettando questa dottrina, il creditore chirografario non potrebbe in virtù della sentenza iscriver validamente ipoteca su beni alienati dal debitore, e rispetto ai quali l'acquirente non avesse eseguito le formalità occorrenti a conservare il suo diritto: quei beni, in riguardo a lui, parte vincitrice, sarebbero giustamente usciti dal patrimonio della parte condannata.

Costruzione non esatta. Anzitutto, i creditori, in virtù della garanzia generale che loro spetta sul patrimonio dell'obbligato per ef-

Digitized by Google

fetto dell'obbligazione stessa (1), son terzi, di fronte ai quali le alienazioni non tengono, se le formalità occorrenti a che l'acquirente le conservi non siano state osservate; e nell'ipotesi or discussa, non importa che la sentenza lasci immutata la qualità di creditore chirografario, se per effetto della costituzion dell'ipoteca egli diventi creditore ipotecario. E contro tal carattere si spuntano le opposizioni di diritti reali non constatati da atti necessari a che l'opponente abbia qualità di *terzo*; d'altra parte, il *diritto che la sentenza dà a costituire sicurtà su beni a ciò idonei*, fissa e afferma con specialità quel rapporto di garanzia generale, nè può quindi aver ostacolo se non da diritti *anteriormente acquistati e conservati*.

190. A differenza di quanto avvien dell'ipoteca volontaria, l'ipoteca legale propriamente detta, e però anche la giudiziale, non presenta il distacco tra i due fatti della « *creazione* » e della « *costituzione* » del rapporto: perciò, mentre a crear la volontaria si richiede sia a ciò *capace* la parte che concede la sicurtà, nella legale propria e nella giudiziale la capacità può riferirsi soltanto all'atto ond'è tratto il diritto alla sicurtà. Esiste cioè quest' ipoteca per virtù che la legge fa inerire a certi atti giuridici, nè contenendosi in essa alienazion veruna dipendente da libero volere dell'obbligato a tollerar che tal efficacia s'esplichi, non vi può essere ricerca della capacità speciale che per siffatta alienazione si vorrebbe se dalla volontà derivasse; la legge, senza preoccuparsi delle condizioni della persona, attribuisce all'atto considerato per sè la forza creativa dell'onere. Vero è che di tal capacità si può ben discutere in relazione all'« atto » stesso: alla cui validità occorre sian capaci le parti che v'hanno concorso direttamente.

---

(1) La questione è stata già discussa, ricercando a quali persone spetti il diritto di promuovere od eccepire l'invalidità dell'ipoteca costituita per concessione volontaria; la ragion di dubitare contro la teoria accolta nel testo, ha conforto in ispecial modo nell'ordinamento della legge sulla trascrizione, che par dia nome di *terzo* a chi sulla cosa abbia acquistato un diritto, ch'è poi costretto a cedere di fronte alle formalità anteriormente compiute da altri per affermare il potere legittimo suo sulla cosa stessa. E ciò non è; anche i creditori chirografari hanno non sulla cosa, ma rispetto alla cosa un interesse giuridico lor derivato dalla sicurtà generale che, a ragion dell'obbligazione, vien dato dal patrimonio del debitore; onde ad essi la qualità dei *terzi*, interessati a difendere un diritto ch'è lor garantito dalla legge. Cfr. Coviello, *Della trascriz.* (Napoli, 1897), I, n. 170.

Digitized by Google

E applicando questi criterî all'ipoteca giudiziale, a quel modo che per le obbligazioni validamente costituite od esigibili contro persone incapaci, il patrimonio loro è impegnato a causa dell'elemento patrimoniale che nelle obbligazioni si riscontra: anche l'ipoteca giudiziale, ch'è fissazion reale, pel «*privilegio*» attribuito a certi atti, di tal elemento patrimoniale, non è soggetta a condizion di capacità diversa da quella che per questa garanzia si richieggono. Effetto cioè di prelazione, a quella guisa che il patrimonio dell'incapace è tenuto per le obbligazioni che a questo valevolmente si riferiscono, i beni ipotecabili che vi son contenuti debbon sopportare l'ipoteca giudiziale, ch'è sicurtà conceduta per l'adempimento di obblighi constatati od imposti da sentenza.

Nessun dubbio dunque, che contro le persone incapaci per ragion di età, o di mente, o di famiglia, l'ipoteca giudiziale si possa valevolmente iscrivere: purchè i beni siano idonei a sopportarne l'onere, chè soltanto di tale idoneità, e non di capacità dell'obbligato può esser questione. Così, si risolve facilmente la difficoltà sollevata intorno la possibilità d'iscrivere tale ipoteca sui beni degli istituti non alienabili senza la conveniente autorizzazion governativa (1): la necessità del qual intervento non si riferisce a *inidoneità* dei beni all'alienazione, bensì a difetto di capacità degli istituti cui appartengono: può quindi l'ipoteca giudiziale valevolmente colpirli. Certo, gl'istituti non potrebbero ipotecarli senza autorizzazione, (ipoteca volontaria); ma, come s'è avverito, alla creazion dell'ipoteca giudiziale la volontà dell'obbligato è al tutto estranea (2).

191. Altrimenti occorre, quando la condizion patrimoniale dell'obbligato induca rispetto a lui uno stato d'incapacità, perchè allora non bene, durante tal posizione sua, verrebbe iscritta sui beni l'i-

(1) C. civ., a. 432, 433.

(2) Sulla questione v. specialmente: Cass. fr. 21 marzo 1899 (*J. du P.*, 1899, 1, 449), e la n. di Michoud; App. Angers, 6 febbr. 1899 (*ib.* 2, 269), e De Vareilles-Sommières, *L'hypoth. judiciaire* (Paris, 1895) p. 177 e segg. Cons. pure la proposta intermedia di Michoud, in *J. de S.* 1894, 2, 1 (s. App. Agen 18 giugno 1892). Cfr. Brémond in *Revue crit.* 1893, p. 645 e segg. La costruzione proposta nel testo è fondata sulla funzion di garanzia (impropria) che il patrimonio dell'obbligato ha rispetto ai creditori, e quindi sul significato dell'*alienazione*, ch'è il modo necessario per cui si esplica l'elemento patrimoniale dell'obbligazione, onde hanno causa tal garanzia, e la sicurtà dell'ipoteca giudiziale.

Digitized by Google

poteca giudiziale: così avvien del fallito (1). Il qual effetto è dichiarato dalla ragion speciale d'incapacità e dal « *fine* » dell'istituto giuridico che la produce; si può dir di esso che meglio d'*incapacità*, di condizion cioè soggettiva della persona, sia piuttosto *inidoneità* dei beni a ricevere ipoteca, *ristrettamente* alla persona: ed è per questa limitazione dell'inidoneità alla persona contro cui si procede, che la figura dell'incapacità vi ha rilievo.

Lo stato patrimoniale onde ciò consegue è la « *liquidazione* »: per essa (intesa nel significato più ampio che non sia l'istituto speciale così denominato), si procede a convertire il patrimonio in valore a fin di estinguere le *obbligazioni* che vi gravano, o di conservarlo nella sua nuova entità a favor del titolare: per il che, instituita che sia validamente con alcuno degli istituti che la contengono, fin ch' essa è in corso la condizion del patrimonio deve durare così com'era al momento in cui venne iniziata. Rimpetto cioè ai creditori, cui il patrimonio dell'obbligato è garanzia comune (2), la liquidazione fissa questo rapporto, segna il momento in cui la garanzia ha effetto, e se così determina *realmente* la condizion dei creditori concorrenti, niuno di essi potrà mutarla a danno degli altri: ora, siccome nell'ipoteca giudiziale s'ha una ragion di preferenza, non si può costituirla durante la « *liquidazione* », perchè turberebbe il diritto eguale alla comune garanzia spettante ai creditori sul patrimonio dell'obbligato (3).

192. La qual ragion di costruire dichiara l'ordinamento che vieta d' iscrivere valevolmente l' ipoteca giudiziale dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, ond' è tolta al fallito ogni facoltà di disporre e di amministrare i suoi beni: i creditori, esercitando su questi il diritto di garanzia generale, li apprendono costituendosi in « *massa* », e procedono a fin di ridurli sollecitamente in valore. E sebbene a tale ostacolo abbiano minor interesse i creditori ipo-

(1) C. di comm., a. 197.

(2) C. civ., a. 1949.

(3) In conseguenza del concetto formulato nell' art. 1919 C. civ., coordin. all'art. 1950, la ragion di agire sui beni dell'obbligato è comune ai vari creditori; è cioè l'elemento patrimoniale ch'è insito nell'obbligazione di cui ognuno è titolare, è l'alienazione del valore compreso genericamente nel patrimonio, ch'è nel contenuto economico-giuridico del rapporto personale di credito. Cons. il vol. I, cap. I.

Digitized by Google

tecarî per la sicurtà speciale che hanno, pure non i soli chirografari possono opporre l'invalidità dell'ipoteca costituita dopo quel termine: vero è che la legge fa dei creditori muniti di garanzia reale una « *classe* » a parte; pure, quando si consideri che questa sicurtà specializzata *sui beni dell'obbligato* presuppone quella ch'è generalmente attribuita sul patrimonio del debitore onde il diritto del creditore ipotecario non soddisfatto di concorrere in qualità di chirografario sui beni non onerati): e dove pur si pensi che per tal presupposizione i creditori chirografari hanno diritto di concorrere sui beni onerati, salva rimanendo la prelazion degl' ipotecari, si vedrà che la liquidazione investe tutto il patrimonio, producendo i suoi effetti rispetto a tutti i creditori, sebbene nel concorso rimangano integri i loro diritti speciali.

Ma che avverrà delle ipoteche giudiziali inscritte (create e costituite) durante il periodo sospetto? rimarranno esse colpite dal voto della legge, infettante di presunzion di frode la costituzione d'ipoteca, pegno od anticresi, avvenute in quel termine? o si dovrà restringere questa parte dell'ordinamento legale alla costituzion di tali rapporti che sia seguita per atto volontario?

La questione è stata qui discussa in occasion dell'ipoteca legale (1), e per la relazione ch'è tra questa e la giudiziale, la costruzion proposta non par si debba ora cangiare: la presunzione legale secondo la natura sua, non dev'essere estesa oltre i confini in cui è determinata, e però nel colpire che fa la « *costituzione d'ipoteca* », si riferisce all'*atto* costitutivo, all'atto volontario, diretto specialmente a creare la sicurtà reale. Ma dell'ipoteca giudiziale è ragion di essere non un atto particolare, distinto, che la crei, sibbene il favor della legge verso il « *modo* » col quale il credito garantito è accertato o dichiarato: manca qui l'atto cui la presunzione di frode si dirige, e non par possibile estendere la legge che l'ordina. Ond'è, che nascendo il diritto all'ipoteca giudiziale da virtù propria dell'atto dichiarante il credito, converrà esaminare se la *causa giuridica dichiarata nella sentenza* sia tale da esser colpita di fronte alla massa da presunzion di frode, oppure se contro di essa i creditori abbiano esperito, come ne hanno facoltà (2), l'azion revocatoria: in

(1) C. comm., a. 709, 4°, 710.

(2) Cons., sebben diverso sia il modo con cui giunga al risultato qui accolto, Cass. di Roma 31 marzo 1898 (*Legge*, 1898, I, 650, e la n.).

Digitized by Google

ogni caso, non è la « *sentenza producente ipoteca* » ch'è infetta di presunzion di frode, o di frode, sibbene la *causa* del credito, il credito ch'essa si limita a *dichiarare*.

193. Alla qual teoria si può opporre, che, condotta com'è sulla ragion di essere dell'ipoteca legale e giudiziale, non assicura la condizion giuridica della massa dei creditori, a favor dei quali la legge volle serbare integra l'uguaglianza nel concorso sulla garanzia patrimoniale comune: e s'è già accennato alla costruzione avviata su tali intendimenti (1). Quando si volesse accoglierli, si potrebbe tentare un'altra dottrina, condotta sui termini che in questo lavoro son posti a fondamento della ricerca, la distinzion cioè tra *creazione* e *costituzione* dell'ipoteca, riserbando all'ultimo dei due termini la virtù di stabilire il rapporto reale: e accolto pure il concetto per cui nell'ipoteca legale propriamente detta, e nella giudiziale, il momento della creazione si confonde nell'altro della costituzione, ben sarebbe legittimo dedurne che nell'ordinamento legale la voce « *costituzione* » significhi l'atto per cui l'ipoteca esiste come tale, e quindi non la semplice « concession volontaria » della garanzia, sibbene ogni atto che la costituisce, qualunque ne sia la ragion di origine, volontaria cioè o legale.

E così « *costituzione* » varrebbe iscrizione; si potrebbe pur soggiungere, che siccome è per via dell'iscrizione che l'*ipoteca* esiste, i creditori non avrebbero interesse a domandar l'annullamento di un'ipoteca non inscritta, non costituita: per il che, quando la legge dichiara infetta di *annullabilità* la costituzion d'ipoteca, intende necessariamente dell'ipoteca inscritta; chè se non lo fosse, niun pregiudizio i creditori potrebbero sentirne. Ciò posto, se « *costituzione* » val forma occorrente a stabilire il diritto reale d'ipoteca, *qualunque sia la ragion di sua nascita*, par che la legge commerciale nell'ordinamento suo intenda a dichiarare infetta di presunzion di frode non la semplice *concessione* dell'ipoteca, bensì il sorger suo: che rileva difatti la *causa* che le dà origine, di fronte al fatto che per essa vien alterata la condizione dei creditori concorrenti, e che contro tale alterazione è volta la provvision legale?

(1) C. comm., a. 709, 1°, Cass. di Roma 30 giugno 1899 (*Legge*, 1898, I, 398, e v. la n. *ib.*). Cfr. con la n. antec.; App. Ancona 30 luglio 1890 *Legge*, 1899, I, 90, e la n.).

Digitized by Google

Accolta dunque la voce « *costituzione* » in questo senso ampio di « *fatto determinante l' esistenza dell'ipoteca* », netto nelle sue parti s'addimostrerebbe l'ordinamento del legislatore, in coerenza al pensiero suo d'invalidare i mezzi che ingiustamente potrebbero turbare l'uguaglianza dei creditori non muniti di sicurtà reale: l'ipoteca constituita dopo la dichiarazion del fallimento è nulla: e se constituita durante il periodo sospetto è annullabile, eccezion fatta pel caso che giusto, valido, sia l'atto onde ha origine.

194. Senonchè, quest'ultimo punto è proprio quello che dà ragion grave di dubitare della costruzione or esposta, benchè assai correttamente risponda al concetto fondamentale qui accolto, separante la creazione dalla costituzion dell'onere. Difatti, se valevolmente durante il periodo sospetto si possono costituire (*iscrivere*) le ipoteche per diritto che a ciò in modo legittimo (1) sia sòrto, par che più giusto di quello ch' è dato dalla legge o dalla sentenza non si possa averne: ora, quando s'asserisce che cade sotto la presunzion di frode ogni costituzione d'ipoteca, *comunque sòrta,* s' afferma che tal sospetto pesa pure sulla sentenza di condanna, e sembra che la natura dell'atto a ciò necessariamente ripugni.

Si potrebbe, del resto, rispondere anche a tal ragion di dubitare: e dire per un verso, che in realtà la presunzione di frode non colpisce la sentenza onde l'ipoteca giudiziale ha origine, come non colpisce la legge nel caso d' ipoteca legale: ciò ch' è colpito è il « *rapporto* » costituito e al quale la legge asserisce la virtù produttiva dell'ipoteca, è il « *rapporto* » dichiarato dalla sentenza: la legge e la sentenza non son tocche dalla presunzione diretta al *fatto*, perchè la virtù di dar nascita all'ipoteca, inerente a certi atti, è consentita astrattamente, posta cioè la *verità* loro. Ma questa considerazione, esatta in sè, non può correggere la costruzione che vorrebbe difendere: la presunzione non esiste, oltre ai casi pei quali espressamente è ordinata, e quindi, posto che la presunzion di frode non colpisce la sentenza, sibbene il « *rapporto* » che vi è dichiarato, si dovrà esaminare se sia nel novero di quelli contro ai quali la presunzione è volta: così si torna alla dottrina ch'è stata qui accolta intorno l'iscrizion dell'ipoteca legale e giudiziale seguita durante il periodo sospetto.

(1) C. comm., a. 910 cit.

Digitized by Google

Alla qual nuova difficoltà parrà ancor ovvio riparare: assunto cioè ilprimo risultato, che avverso la sentenza non sia volta la presunzion di frode statuita dalla legge, si può mantenere alla voce « *costituzione* » il significato ampio proposto. La presunzione colpisce il « *fatto giuridico* » della costituzione, come fatto a sè, indipendente: e questo « *fatto* » è ben possibile intenderlo separatamente dalla *causa* che autorizza a porlo in essere. Al creditore, sia o no vera, valida, la ragion del suo credito, è concessa ipoteca dal debitore durante il periodo sospetto: tal fatto non può ancora suscitare l'interesse contraddittorio degli altri creditori, e occorre a ciò la « *costituzione* », l'iscrizion del vincolo: questo fatto separato è colpito dalla legge, supponendosi che il creditore voglia con frode ottenere al suo credito per via dell'ipoteca una sicurtà speciale, e quindi la « *prelazione* ». Tale « *presunzione di frode* » è quindi diretta contro l' « *acquisto della prelazione* », e, com'è stato osservato nella concession volontaria dell'ipoteca, ben può esserlo rispetto all' ipoteca legale e giudiziale: il creditore, in virtù della legge e della sentenza di condanna, può inscrivere, « *costituire* » l'ipoteca: ma, se anche la ragion del suo credito sia vera, nel « *fatto* » dell'esercitare il diritto a costituirsi la sicurtà reale può esservi frode, potendo egli sapere dello stato d'insolvenza in cui il debitore è, e tal consapevolezza sua impedisce ch'egli *giustamente* s'acquisti una causa di preferenza pel suo credito, non altrimenti di ciò che avviene al creditore che si faccia concedere la sicurtà dall' obbligato. Questa « *consapevolezza* » è presunta dalla legge durante il periodo sospetto, e per essa non validamente il creditore esercita, costituendo l' ipoteca, il diritto che gli deriva dalla « creazione » speciale di essa (ipoteca volontaria), o dall'atto particolare cui la virtù d'inscrivere l'ipoteca è fatta inerire: niente dunque importa che la presunzione sia oppur no rivolta contro l'atto stesso.

194bis. Certo se s'accogliesse questa dottrina, miglior fondamento ne acquisterebbe la distinzion fatta tra i due tempi della *creazione* e della *costituzione* dell'ipoteca (1), e compiuto e corretto ap-

(1) Perchè il termine « *costituzione* » ch'è nella legge (C. comm., a. 709, 4°), risponderebbe al valore tecnico che gli è dato nella costruzione qui proposta sull'esistenza del rapporto reale d'ipoteca; la presunzion di frode, e quindi le invali-

Digitized by Google

parirebbe nelle sue varie parti l'ordinamento legale sul punto che per essa è dichiarato: pure, le considerazioni su cui è condotta, non paiono ancor sufficienti a toglier valore alla teoria ch'è stata qui accolta, come più rispondente ai concetti cui la legge s'informa (1).

195. La stessa ragion della liquidazione, e però del divieto che quando essa sia iniziata alcuno dei creditori acquisti sul patrimonio dell'obbligato una causa di prelazione che prima non avesse, giustifica l'impossibilità di costituire (creare e costituire) l'ipoteca giudiziale sui beni dell'eredità giacente, oppur accettata con beneficio d'inventario: certo, non può qui dirsi, come avvien pel fallimento, che s'ha liquidazione incominciata, ma il fatto del non aversi nel primo caso persona veruna conosciuta (2) che continui la personalità giuridica del defunto, e dell'esistere nell'altra, chi pur continuandola, ristringe ai beni ereditarî la garanzia comune spettante ai creditori del suo autore, determina per sè la fissazion di questo rapporto ch'è tra i creditori ed il patrimonio. Non vi è ancora liquidazione, bensì preparazione alla liquidazion possibile, e quindi più intensamente, più direttamente apparisce rilevata la relazion di « *garanzia* » (impropria) tra i creditori ed il patrimonio dell'obbligato.

Così s'intende il divieto della legge d'iscrivere ipoteca giudiziale ancor quando l'accettazione con benefizio d'inventario segua necessariamente, per l'ordinamento suo, tutelante la condizion di certe persone (3): alla qual ipotesi il concetto di liquidazione parrebbe a tutta prima estraneo (4). Non il « *motivo* » che consiglia od impone tal modo di accettare, bensì il « *fatto* » che l'accet-

---

dità che vi si connette, si riferirebbero all'*esistenza* dell'ipoteca, all'iscrizione di essa, qualunque sia la causa che vi dà origine. Ma cfr. la n. seguente.

(1) Il dubbio sollevato nel testo, chiarito ancor più nella n. preced., è grave: ma la decisione accolta lo vince agevolmente, quando si pensi, che argomentando dalla voce « costituita » ch'è nella legge, e pur supponendo che il valor del vocabolo sia proprio quello che s'è dato qui alla « *costituzione* » in confronto alla « *creazione* » del rapporto reale, non si dà, come si deve, la necessaria importanza alle cause onde l'ipoteca ha vita. E necessariamente si deve far ciò, perchè altrimenti rimarrebbe incompiuta la ragion della presunzione di frode, che s'intende e si giustifica, in rapporto all'entità speciale di quelle cause.

(2) C. civ. a. 1971, comb. 970.

(3) C. civ., a. 1971.

(4) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1571 e segg.; cfr. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 119 *bis*, 1.

Digitized by Google

tazione è seguita così, induce per sè, oggettivamente la nuova condizion dei creditori rispetto al patrimonio ch'è lor comune garanzia; e con la più netta determinazione che questa assume, viene il divieto che in alcun modo la loro rispettiva ragion di concorrere sia mutata da quella ch'essi avevano prima di quel « *fatto* ».

196. Più volte occorse di osservare, come la distinzion dei due momenti che sono la « *creazione* » e la « *costituzione* » dell'ipoteca, non risalti nelle due forme d'ipoteca *legale* e *giudiziale*: o meglio, come la « *creazione* » si confonda *giuridicamente* (1) nel momento della « *costituzione* », non avendo essa (per la natura di *privilegio* ch'è ancora nell'istituto) importanza differenziata. Come ciò avvenga e perchè, e in qual modo la teoria che nell'iscrizione vede un « *atto confermativo* » dell'ipoteca s'avvicini a tal costruzione, senza corrispondervi, si dirà in seguito, studiando l'entità dell'iscrizione (2): dove saran pure discusse altre questioni non relative all'ipoteca giudiziale, ma anche alla legale ed alla volontaria, e riferentisi non alla sola eredità beneficiata, bensì in generale al *momento* in cui la costituzione (iscrizione) dell'ipoteca può valevolmente effettuarsi.

197. Soltanto occorre avvertir qui, che se il concetto di *liquidazione* » (cominciata o presentantesi probabile, non importa distinguere) è la ragion del divieto or descritto, male s'interpreta la legge asserendola ristretta alle figure speciali che ricorda (3): nè sia possibile di estenderla all'ipotesi di separazion dei beni del defunto dal patrimonio dell'erede (4). Certo che profonda è la differenza per

(1) Questo concetto, che, con importanza fondamentale, venne più volte esposto nel corso del presente studio, sarà ancor discusso nei due capitoli che seguono, dove sarà anzitutto rilevato il contenuto dei due momenti, creazione cioè e costituzione del rapporto: e si dimostrerà come la distinzione netta tra di essi, occorra soltanto dove il diritto d'ipoteca sorge per effetto di volontà.

(2) V. la n. preced.

(3) C. civ., a. cit. Le due figure di liquidazione che vi son ricordate, son, come s'è visto, il fallimento e l'accettazion di eredità con benefizio d'inventario. Rispetto alla quale, la ragion della legge mostra senza difficoltà, che il divieto si deve estendere ancor nel caso che l'accettazione beneficiata avvenga necessariamente per la condizion dell'erede; di questa, e di altre questioni riferentisi all'argomento, si dirà in seguito, ricercando in qual tempo si possa utilmente provvedere alla costituzion dell'ipoteca (iscrizione).

(4) V. il rinvio fatto nella nota preced. in f.

Digitized by Google

cui questo istituto e l'altro dell'entità beneficiata si distinguono: ma che importa? pel fatto della separazione, della difesa dei creditori ereditarî sulla garanzia che loro è propria contro i creditori personali dell'erede, non s'imprime un carattere diretto, reale a tal sicurtà? e com'è allora permissibile alcuna novità che alteri l'originaria loro posizion di concorso?

Ma anche di ciò in seguito: qui basti asserire il principio.

198. Da ultimo, non abbisogna di ampia dichiarazione la caratteristica dell'*alienabilità* che i beni debbono avere perchè l'ipoteca giudiziale validamente possa insistervi; s'è già osservato, che per effetto del concetto di alienazione che è già nell'ipoteca, o pel solo modo che ha di esprimere la sua virtù rispetto al credito (diritto di vendere), le cose idonee a comportarla son di regola le alienabili: della qual caratteristica s'è detto ampiamente nello studio sull'ipoteca volontaria. Ora, sebben diversa sia la causa che ne determina l'esistenza, l'ipoteca mantien sempre l'entità che le è propria, e si potrà perciò crearla (crearla e costituirla) in virtù di sentenza, su quei beni dell'obbligato che siano alienabili (1).

E del come la cosa comune sia alienabile, s'è pur detto, nè occorre qui riesaminare. Soltanto, in applicazion del concetto esposto sull'alienabilità, è opportuno ricordare la dottrina ch'è stata accolta intorno l'ipotecabilità dei beni dotali, e di quelli cadenti nella comunion degli utili: di quelli s'è osservato, che costituendo un patrimonio con destinazione speciale non sono, di regola, alienabili (2) e però non idonei all'ipoteca; di questi invece, che il marito amministratore può disporne a titolo oneroso, cosicchè, salvo il diritto della moglie intorno all'accettazione ed al modo di farla, e la virtù dichiarativa della divisione (3), ben a lui spetta il diritto d'ipo-

(1) Mancherebbe, in difetto, il fine dell'« alienazion di valore » ch'è nel contenuto dell'ipoteca, qualunque ne sia la ragion di essere.

(2) C. civ., a. 1405.

(3) Non rileva che la condanna sia ottenuta contro i coniugi per crediti riferentisi a bisogni famigliari; vero, che pei frutti dotali i creditori che avessero tali ragioni di credito contro il marito, possono agire, ciò consentendo la destinazion della cosa su cui procedono; ma vero del pari, che sebbene la dote sia pur destinata a sostenere i pesi del matrimonio, il vincolo dell'inalienabilità rende i beni dotali affatto inidonei a sostenere l'ipoteca. Nè il Tribunale può togliere da solo tale ostacolo; e quando la necessità lo richiedesse, l'autorizzazione data sull'instanza dei coniugi a toglier ipoteca, darebbe a questa il carattere di *volontaria*.

Digitized by Google

tecarli. Ma queste risoluzioni non han possibilità d'applicazione in tema d'ipoteca giudiziale: sui beni dotali i creditori personali del marito non possono costituirla, non cadendo essi nel patrimonio particolare del loro debitore, e se anche fossero creditori per somministrazioni fatte alla famiglia, e perciò creditori del marito qual amministratore della dote, secondo la destinazione ch'essa ha, tal divieto rimarrebbe per l'inidoneità avvertita: nè al Tribunale, a fin di rimoverlo, hanno essi potere di rivolgersi (1). Sui beni poi della comunione, vero è che il marito amministratore (come avviene del socio cui sia confidata l'amministrazion della società) (2), ha facoltà di disporre a titolo oneroso, ma ciò gli è concesso per la qualità sua e pei fini della gestione; non parrebbe quindi che i suoi creditori *personali* abbian diritto d'iscrivere ipoteca su questi beni, costituenti il *patrimonio della comunione* nettamente separato dal patrimonio personale dei coniugi interessati.

Senonchè quest'ultima decisione dev'essere temperata dalla considerazion del diritto che su tali beni potrà in seguito spettare al marito debitore: e se tal diritto egli abbia, e su quali cose, si vedrà soltanto alla fin della comunione, ch'è il solo momento in cui esso ha consistenza, riducendosi prima (finchè la comunione dura) ad un *interesse* a ciò che dei beni comuni potrà entrare nel patrimonio particolare. I creditori personali del marito potranno dunque

---

(1) La questione è assai disputata tra gl'interpreti della legge francese, seguendosi da alcuni la teoria del POTHIER (*Tr. de'la Comm.* in *Œuvres*, ed. cit., nn. 752, 753) distinguente a seconda del tempo in cui la condanna è seguita, se prima cioè o dopo la celebrazion del matrimonio, e concedendole nel primo caso la virtù di produrre l'ipoteca, e negandolo nell'altro (Cons. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, op. cit., p. 163 e segg.); e adottando altri la distinzione del BOURJON (op. cit., l. III, tit. X, p. 3, cap. VII, n. 9, I), condotta sull'entità del debito, se sia cioè tale da venire oppur no nella comunione (Cons. PONT, op. cit., I, 593; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 1273 e segg.). Nel diritto nostro la difficoltà scema di molto: i debiti anteriori al matrimonio non possono essere compresi nel passivo della comunione (C. civ., a. 1435); pei posteriori, o son del marito come *amministratore*, e l'ipoteca giudiziale è valevolmente tolta, gravando essi la comunione: o son suoi personali (ma quando ciò non sia ben dimostrato contro i creditori, si dovrà ritenere che il marito li abbia costituiti qual amministratore), e la decisione accolta nel testo non abbisogna di maggior chiarimento. Essa è informata alla dottrina del BOURJON, meglio rispondente alla ragion del debito, ed alla condizione del marito amministratore.

(2) Ma cfr. BERTAULD, *De l'hypoth. d. femmes mar.* (II° éd.) n. 74, e cons. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., n. 1276.

Digitized by Google

iscrivere l'ipoteca giudiziale, ma sempre secondo l'entità e la ragion di tale interesse: per il che, quando i beni onerati non cadessero nella sua parte a comunion finita, l'ipoteca creata (creata e costituita) non potrà tenere.

199. La qual'ultima risoluzione può anch'essere estesa all'ipoteca giudiziale creata e costituita a favor dei creditori personali della moglie, il cui diritto non è alterato dal potere di amministrare, sebbene lato, che il marito ha; e quando la donna rinunzi alla comunione, avranno essi diritto di valersi delle garanzie che loro spettano pel caso di rinuncia del debitore a succession cui fosse chiamato (1). Rispetto ai beni vincolati di dotalità, chiaro è poi che i creditori, diventati tali durante il matrimonio, non potranno iscrivervi ipoteca per effetto dell'inalienabilità dotale: e gli anteriori non lo potranno per egual motivo, dopo avvenuta la trascrizion del contratto matrimoniale. Nè vale obbiettare che così la donna sottrarrebbe ai suoi creditori la loro garanzia patrimoniale, e che i *beni* dedotti in dote son tali quando siano sgravati delle passività: per via della costituzion dotale i beni acquistano la caratteristica dell'inalienabilità, nè le considerazioni or esposte son sufficienti a rimoverla (2).

Fatta eccezione, s'intende, pel caso che nel contratto di matrimonio fosse consentita l'alienabilità dei beni costituiti in dote, venendo allor meno questa ragion di decidere: la qual legge del contratto, almeno pei creditori anteriori al matrimonio, può intendersi contenuta implicitamente nell'ipotesi che la donna siasi costituita in dote i beni presenti e futuri, avendo qui la costituzione carattere di *universalità* in cui necessariamente debbono comprendersi i debiti che vi fossero contenuti. Ma in nessun caso si potrà avere una eccezione pei crediti derivanti da delitto o quasi-delitto commesso dalla donna: la ragion del credito non menoma per sè la condizione oggettiva dei beni, l'inidoneità.

199bis. Altro è vedere, se l'iscrizione tolta sui beni dotali dai creditori della donna diventi poi valida quando sciolto il matrimonio, cessa il vincolo della dotalità; ma di ciò a suo luogo.

(1) C. civ., a. 1445, 1446.
(2) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, n. 1271, 1272.

Digitized by Google

CAPITOLO V.

Effetti della creazion *dell'ipoteca.*

Generalità.

Sommario. — **200-203.** Ancora della separazion fondamentale proposta tra i due momenti della « *creazione* » e della « *costituzione* » dell'ipoteca: in qual rapporto essi siano, e come avendosi l' « *esistenza* » del diritto reale soltanto per virtù del secondo termine, il primo valga qual *obbligazione di costituire* o *lasciar costituire la sicurtà promessa.* — **204.** Di altre dottrine su quest'argomento, e della teoria dominante. — **205.** Determinata così l'entità della « *creazione* » dell'ipoteca, questo momento si riferisce specialmente all'ipoteca *volontaria*, non alla *legale* propriamente detta. — **206.** Descrizion generale degli effetti che ne derivano; e tra chi.

200. A definire gli effetti speciali alla « *creazione* » dell'ipoteca, sciogliendo ora le riserve più volte fatte, occorre di stabilir nettamente i termini su cui riposa la distinzione proposta tra i due momenti della « *creazione* » e della « *costituzione* » di questa sicurtà reale, che s'è detto *esistere* qual diritto sulla cosa non appena sia valevolmente *costituita*. S'è detto, e durante la ricerca condotta fin qui, s'è pur dimostrato, che per « *atto creativo* » o « *creazione* » del diritto d'ipoteca s'intende il « *fatto giuridico* » contenente la concession del potere d'*iscrivere* la sicurtà: e siccome questo « *potere* » è in taluni casi inerente all' atto costitutivo o dichiarativo del credito per virtù consentitagli da special favore della legge, e non risulta da concession particolare, determinata, chiaro è, che il « *fatto* » propriamente vòlto al fine di creare il vincolo ipotecario qual « *oggetto suo differenziato* », non può che derivare dalla « *volontà* » espressa o tacita, e quindi non « *fatto giuridico* » in genere è, bensì « *negozio giuridico* ».

Cosicchè, dei due momenti che concorrono a dar « *esistenza* » all'ipoteca, la « *creazione* » (e meglio si dirà in seguito come questa, qual fatto distinto, non possa riferirsi all' ipoteca *legale*) è quella parte, quell' istante del processo formatorio del rapporto, per cui, con l'alienazione condizionata del valor della cosa, si dà il potere,

Digitized by Google

l'autorizzazione di effettuare la seconda parte, ch'è la costituzion esterna della sicurtà reale. Avvien dunque ciò che segue nell'alienazion di cosa immobile ch'è nella vendita (1): il consenso induce il rapporto di obbligazione, secondo avveniva nel diritto antico, e poi concorre (2) a costituire il modo, ch'è « *tradizione* » in quanto avvien per esso il trasferimento della cosa dedotta nel contratto: ma la non efficacia sua rispetto a quest'ultima funzione, non toglie che la costituzion del vincolo non sia avvenuta. La prima funzione è quella ch'è propria al « *negozio creativo* » dell' ipoteca, comprendendosi in esso non questo diritto reale, ma soltanto il diritto di costituirlo: il consenso cioè, non ha qui il doppio significato, la duplice funzione or avvertita per la vendita, dov'esso *crea* e *costituisce* il rapporto: qui lo *crea* soltanto, perchè la legge, mentre per la vendita ha soppresso la forma speciale della « *tradizione* », ha ordinato per l'ipoteca una forma speciale ch'è l'« *iscrizione* ».

E qui la difficoltà si fa ben grave. Se argomentando dal concetto di « *alienazione* » s'è fatto il raffronto tra la vendita e l'ipoteca, come non dare al semplice atto che s'è detto « *creativo* » del diritto di sicurtà, l'intera efficacia sua rispetto alle parti, riservando la necessità dell' « *iscrizione* » per attribuirgli virtù rimpetto ai terzi? non avvien così della vendita, che si mantien tale tra le parti nonostante il difetto di trascrizione? e se questa forma e l'altra dell'iscrizione sono il modo col quale s'è voluto soddisfare al bisogno della pubblicità, a chi se non ai terzi tal necessità si riferisce?

201. Ragioni di dubitare e di costruire, deboli assai. Si potrebbe osservare che il rapporto fra la trascrizione e l'iscrizione è storicamente inesatto, perchè la trascrizione ebbe nella legge francese (onde l' italiana è derivata) il suo ordinamento ben più tardi dell'iscrizione: di questa, nè si disse ch'era volta a render efficace l'atto rimpetto ai terzi come si fece per la trascrizione, chè anzi, regolandosi in alcuni punti l'annullabilità dell'ipoteca, s'è accennato sempre all'iscrizione, qual forma onde il rapporto trae piena esistenza giuridica. L'argomento non tocca ancora, è vero, l'entità dell'isti-

(1) Cons. su quest'argomento della consensualità, CHIRONI, *Colpa contratt.*, 2ª ed. cit., p. 560 e seg.

(2) Perchè a render compiuto il trasferimento in rapporto ai terzi, occorre la trascrizione

Digitized by Google

tuto: pur è bene avvertirlo, per le altre considerazioni che s' esporranno. D' altra parte, la legge italiana regolando l'ipoteca volontaria, ordina che non si possa concederla altrimenti che per atto pubblico o scrittura privata (1), mentre altre formalità occorrono a fin di poter chiedere l'iscrizione (2): cosicchè, una forma distinta è richiesta per ognuno dei momenti il cui concorso dà *esistenza* all'ipoteca, e che son diversi per l'entità speciale che li separa. Certo, neppur questo argomento risolve la difficoltà, potendosi anzi inferirne, che, come nella vendita le forme del contratto non corrispondono a quelle occorrenti perchè si possa effettuare la trascrizione, nella concession d'ipoteca la forma che qui si vuol riferire alla « *creazione* », si riferisce invece all' esistenza vera del rapporto, sebben limitata alle parti stipulanti. E così l' argomento, lungi dal giustificare la nuova costruzione proposta, suffragherebbe la dottrina impugnata.

A far sì che le considerazioni svolte spieghino tutta la virtù loro, occorre approfondire ancor più la ricerca: e condurla su due punti; mostrare anzitutto la differenza ch' è tra la forma relativa alla stipulazione ed alla trascrizion della vendita, e quella ordinata per la concessione e l'iscrizione dell'ipoteca; e fissar poi la ragion di essere di quest'ultima, a fin di dedurre dalla sua caratteristica speciale l'esattezza della teoria che l' esistenza del rapporto fa dipendere dal *concorso* di entrambi i momenti, senza distinguere tra le parti ed i terzi.

202. Quando tal distinzione si fa rispetto alla vendita, qualunque sia il dubbio intorno l'opportunità sua, e l'essersi abbandonato l'antico ordinamento che a trasferire il diritto esigeva la tradizione (come avvien del *Realvertrag* odierno), la sua correttezza giuridica ben si può difendere: non soltanto per la virtù riconosciuta al *consenso*, dal quale anche il diritto antico facea derivare il rapporto di obbligazione, ma ancor meglio pel fatto che relativamente alle parti il trasferimento vero del diritto può esistere, e produrre la sua piena efficacia. Finchè non vi son *terzi* il cui diritto sia minacciato dalla vendita, o finchè in modo valido altri non acquisti tal condizione, l'acquirente non è forse titolare del diritto dedotto

(1) C. civ., a. 1978.
(2) V. in seguito il cap. sulla costituzion dell' ipoteca.

Digitized by Google

nel contratto? La vendita attribuisce dunque contro l'alienante a favor del compratore, un diritto immediato sulla cosa, ch'entra perciò nel patrimonio di quest'ultimo? se poi, pel difetto della trascrizione tal'efficacia vien meno di fronte ai *terzi*, nulla importa: e quel che s'osserva della vendita ben si può dire di ogni atto che importi trasferimento di diritti immobiliari.

Altrimenti succede per la costituzion dell'ipoteca: che vale il dire che se non è *iscritta* esiste pur sempre contro il concedente, i suoi eredi ed aventi causa? Dir così rispetto alla vendita si può, acconsentendovi l'interesse giuridico del compratore: invece il creditore non ha interesse veruno a far valere l'ipoteca contro il concedente ed i suoi successori, contro ai quali può agire valendosi della sua qualità di creditore, senza che debba o possa mostrare alcuna ragion di prelazione. Nell'alienazione, se non v'è l'atto non s'acquista contro niuno: nell'ipoteca, il creditore non ha bisogno di essa per agire sui beni immobili del debitore, perchè il *suo titolo di creditore* gli dà per sè la garanzia sul patrimonio dell'obbligato, e quindi il potere di esercitarla e di procedere alla liquidazione. Quale *utilità*, quale *interesse giuridico* presenta dunque l'ipoteca nei rapporti tra il creditore e l'obbligato che la concede, per dire che senza l'iscrizione essa è tuttavia « *esistente* » tra le parti? attribuisce forse al concessionario un diritto *più forte* di quello che ha di già sul patrimonio del debitore?

E nulla fa che s'obbietti il diritto del debitore ad impedire che si cominci l'alienazione da altri beni che non siano quelli ipotecati: anzitutto s'osservi, che qui l'ipoteca, meglio che afforzare, com'è nella sua struttura e fine, la garanzia ampia che il patrimonio dell'obbligato fornisce ai creditori in genere, l'indebolisce: e poi, a spiegare la virtù dell'atto non è il caso di ricorrere alla figura dell'ipoteca, bensì all'altra di « *restrizion dei beni su cui il creditore può agire* », perchè tal convenzione è ben legittima. Parimenti, nulla fa si dica che le considerazioni esposte son limitate al caso d'ipoteca conceduta dallo stesso debitore, e non a quella consentita da un terzo pel debito altrui, perchè almeno in quest'ipotesi l'*ipoteca non iscritta* varrebbe, ed avrebbe esistenza contro il *terzo non personalmente obbligato* nella specie; infatti, non s'avrebbe costituzion d'ipoteca, bensì *obbligazion personale ristretta alla sola garanzia patrimoniale dei beni indicati nell'atto*, oppure « *sola fideiussione reale* » contenente la concession del diritto di ven-

Digitized by Google

dere i beni designati pel soddisfacimento dell' obbligazione altrui. Questi atti entrano legittimamente nel potere di «*disporre*»: ed è già occorso di segnalarne l'entità specifica, studiando il concetto generico di «*alienazione*» (1).

203. Discusso e risoluto questo primo punto, è facile chiudere la costruzione. L'ipoteca è diritto di garanzia speciale, vòlta ad attribuire al creditore cui appartiene, una ragion di prelazione contro i creditori, un potere di sicurtà reale contro i terzi: dunque, come garanzia e come prelazione (e l'alienazione ch' è in essa contien questi due termini) essa esiste contro i terzi: nè altro è l'interesse giuridico che dà al creditore cui spetti. Quindi, al diritto ipotecario come tale, dà esistenza compiuta la *costituzione* che avvien per via dell' iscrizione, e la «*creazione*» seguita per atto volontario del concedente determina soltanto un rapporto di obbligazione che autorizza a procedere a questo secondo momento: se l'obbligato non fosse il concedente, sibbene un terzo, la creazion del rapporto indurrà contro di lui, e gli eredi, l'obbligo di lasciar vendere la cosa di cui venne alienato il valore.

E determinando ancor meglio l'entità della «*creazione*» in confronto della «*costituzione*», ben si può dire in coerenza ai risultati ottenuti fin qui, e riunendo in una le due ipotesi d'ipoteca conceduta dall'obbligato e prestata da un terzo, che «*la semplice creazione* (concessione espressa, tacita) *dell' ipoteca contiene soltanto l'alienazion del valore: che assume la figura distinta del rapporto reale d'ipoteca soltanto per via dell'iscrizione* (costituzione)».

Se fosse altrimenti, perchè (come s'è osservato, e si vedrà in seguito) per virtù della legge o della sentenza che diano ipoteca sui beni presenti od anche futuri dell' obbligato, il creditore non avrà *contro di questi* od i *suoi eredi* il diritto ipotecario? La concession del diritto non esisterebbe ancor qui, come avvien pel caso d'ipoteca volontaria? E poi, come non dare importanza alle disposizioni di legge (2), che regolando alcuni casi d' inesistenza o di annullabilità dell'ipoteca, accennano all'«*iscrizione*», quasi che da tal formalità dipenda unicamente ed interamente la consistenza giuridica del diritto ipotecario?

---

(1) La virtù dell'atto sarebbe sempre «l'*alienazione*», non l'ipoteca.
(2) C. civ., a, 2007, 2008, 2010, 2011; C. di comm., a. 709, 710.

Digitized by Google

204. Data in tal modo ragion della costruzione, e rinviando per altre considerazioni allo studio sull'« *iscrizione* » o costituzion dell'ipoteca, riman dimostrata la debolezza della teoria dominante, che dell'iscrizione fa un atto meramente *conservativo*, diretto cioè a « *conservare* » il diritto ipotecario in rispetto dei terzi (1). Vero, che tal insufficienza di costruzione venne già segnalata da una dottrina insegnante (2) che l' iscrizione è atto « *confermativo* », e quindi fa qualcosa di più oltre il « *conservare* » il diritto acquistato: ma in che modo questa confermazione avvenga, e perchè mediante l'iscrizione s'affermi il rapporto sulla cosa onerata (non altro sarebbe il concetto della « conferma »), la teoria non ricerca, e non espone: di qui l'insufficienza sua che la fece cadere in abbandono. E pure, la qualifica di « *confermativo* » è abbastanza felice, e forse indica più nettamente il contenuto del secondo momento detto qui « *costituzione* » dell'ipoteca: e meglio fa fors'anco risaltare il rapporto ch'è tra i due momenti, che son la « *creazione* » e la « *costituzione* »; senonchè quest'ultimo termine dichiara in modo più assoluto, più energico, il concetto della *realità* dell'ipoteca, esistente come tale in virtù soltanto dell'« iscrizione ».

205. S'è già osservato che la « *creazione* » dell'ipoteca come atto per sè stante, dotato di contenuto speciale, e inducente con l'*alienazion del valore a fin di sicurtà* un semplice rapporto di obbligazione tra il concedente ed il creditore cui la concessione è fatta, esiste soltanto per effetto di « *negozio giuridico* ». La *volontà* delle parti determina cioè il rapporto che in seguito, per altra forma, acquista la consistenza giuridica sua, e questo suo intervento *creativo* dà nascita all'atto riferentesi al momento della « *creazione* »: mentre nel caso di diritto ipotecario esistente in virtù di legge (sia l'ipoteca *legale* propria, oppur giudiziale), la forza di produrlo è fatta inerire all'atto cui si connette, nè tra questo e la *concession* della sicurtà è distacco veruno.

Quindi, sebben paia che si possa sempre distinguere il momento della « *creazione* » dalla « *costituzione* », in effetto ciò non succede: vero, che avendosi nella legge la ragion di essere dell'ipo-

(1) V. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 119 *bis*; l, e v. in seg. il cap. sulla costituzione dell'ipoteca.

(2) V. il rinvio fatto nella n. preced.

Digitized by Google

teca, par che in essa, nel suo provvedimento, sia contenuto l'atto creativo, e in questo senso si potrebbe dire che la legge *crea* l'ipoteca (detta *legale* propria e *giudiziale*): pure, mal si cercherebbe in ciò quell'atto indipendente, munito di oggetto e contenuto a sè, qual s'avverte nella *creazione* dell'ipoteca volontaria. Al che ben risponde l'origine che dà ancora la caratteristica all'ipoteca legale ed alla giudiziale: cause di prelazione derivanti da special favore della legge verso determinate cause di credito, esse appaiono dapprincipio negli ordinamenti giuridici come privilegi, della qual figura molto serba la loro attuale entità.

Tuttavia, rispetto all'ipoteca *legale* è necessario insistere, così volendo la sua origine, nella distinzion già fatta delle forme che assume, per cui quella che ha carattere di generalità (più o meno estesa) riman separata dall'altra, che, riferendosi a beni determinati, meglio che dal favor della legge verso la ragion del credito cui accede, deriva dal *presunto volere* delle parti: e vi s'insiste, non a fin di rilevare che in questo caso la « *creazione* » esiste in modo distinto, separato, secondo s'è detto dell'ipoteca volontaria, ma per mostrare come qui la « *creazione* » operi. Per un verso parrebbe difatti, che se l'ipoteca ha causa dalla « *volontà* », sebben presunta dalla legge, l'identità della ragion di origine debba produrre i medesimi effetti: e dell'esattezza di tal posizion di principî è occorso già di far cenno. D'altra parte, a questa deduzione che porrebbe il momento della « *creazione* » distintamente dall'altro della « *costituzione* » d'ipoteca s'oppone il considerare, che sebbene alla *volontà* la *creazione* del diritto si debba asserire, pure, essendo presunta dalla legge, non si manifesta con *atto separato, indipendente*. La creazione qual momento distinto, non si rivela cioè *in atto speciale che la sentenza contenga, bensì negli effetti che a tal istante giuridico son proprî.*

206. Quali questi effetti siano, s'inferisce dalla nozion che s'è data dianzi (1) dalla « *creazione* » del diritto ipotecario: essa in-

(1) La creazione contiene per sè la nascita del diritto d'ipoteca, nel senso che da essa trae origine il diritto di costituir l'onere; rappresenta cioè nettamente il valore del *titolo* rispetto al *modo* di acquisto, sebbene come fatto giuridico distinto, determinante speciali effetti, risalti soltanto nell'ipoteca volontaria. V. i nn. preced., e v. il cap. seg.

Digitized by Google

duce l'alienazione condizionata del valore ch'è nella cosa, con quella caratteristica speciale per cui si differenzia dalla figura generica di alienazione, ch'è la forma di rapporto *reale* di sicurtà: per il che s'è osservato, che la sola « *creazione* », quando esiste qual rapporto a sè, contien sì l'alienazione, ma non entra così nel diritto d'ipoteca, abbisognante, per separarsi con la forma specifica sua, di esser « *costituita* » mediante l'iscrizione (1). E argomentando da cosifatto contenuto della « *creazione* », si possono senz'altro definirne gli effetti precipui: 1° perch'è in esso l'alienazion del valore della cosa *a ciò onerata*, e questa è seguita a fin di sicurtà, l'alienante (*concedente*) è obbligato a *garantire* l'alienazione (*concessione*) secondo il fine pel quale è sorta; 2° in relazione speciale poi a tal fine, siccome la figura propria del rapporto conceduto non esiste se non per via della « *costituzione* » che ne sia fatta con le forme idonee, il concedente è obbligato a permettere che il concessionario a ciò provveda: e tal diritto che questi ha, egli deve garantire.

Di queste obbligazioni si dirà ora partitamente: e l'esposizione dei termini relativi alla seconda, se darà modo di accennare, in aggiunta alle considerazioni fatte (2), al concetto di « *quasi tradizione* » ch'è nell'*iscrizione*, varrà di transizione all'argomento, dov'esse avranno compiuto sviluppo: alla « forma esteriore occorrente alla *costituzion* dell'ipoteca ».

---

(1) V. il rinvio fatto nella n. prec. in f.

(2) Certo, secondo l'ordinamento della legge civile in materia di trascrizione, questa concorre col « consenso » (v. i nn. preced.) ad effettuar la funzione che nel diritto antico era propria della tradizione: il consenso tra le parti, la trascrizione rimpetto ai terzi, fissano l'esistenza dell'acquisto, il momento giuridico cioè, in cui il diritto ch'è oggetto dell'atto vien trasferito. Con questi intendimenti è agevole costruire la teoria sull'entità della trascrizione, e la dottrina col vedervi il fatto della *consegna* giuridica, dell'investitura, può ben preparare la via al legislatore, affinchè senza importare istituzioni forestiere, e perfezionando gli istituti acquistati al diritto nazionale, estenda la *pubblicità* qual modo di acquisto, come bene il concetto della trascrizione consente (v. il prog. sulla determinazione degli effetti giuridici dal Catasto in *Atti parlam. della Cam. dei Dep.*, legisl. XX, sess. 3ª, doc. n° 96, e la relazione Carmine-Bonasi); ora, riavvicinando la funzione economico-giuridica dell'iscrizione alla trascrizione, il concetto della *consegna*, dell'*investitura*, vi apparisce come *q. traditio*. V. in seg. il cap. sulla costituzione dell'ipoteca; Coviello, op. cit. I, cap. I.

Digitized by Google

§ 1.

A) *L'obbligazione del concedente di* « garantire » *la creazione dell'ipoteca.*

SOMMARIO. — **207.** Ragion di questa obbligazione: per un verso, il suo contenuto si trae dall'obbligo generale di garantire, ch'è in ogni negozio di concession di diritti: per l'altro dal fine speciale della concessione. Conseguenze. — **208.** Garanzia riferentesi al primo di questi due elementi. — **209.** Garanzia riferentesi al secondo, e obbligante il concedente l'ipoteca a supplirne il valore, quando, non per suo fatto colposo, sia diminuito da quel ch'era. Differenza tra questo ed il caso che la diminuzion di garanzia derivi da colpa dell'obbligato. — **210.** *Quid*, se l'ipoteca fosse conceduta da una terza persona? — **211-212.** Dei termini occorrenti perchè tal garanzia possa essere pretesa. 1° A qual ragion d'ipoteca si riferisce. 2° Carattere ed entità dell'atto diminutivo della garanzia. — **213.** Dei casi in cui al perimento della cosa corrisponde la sostituzione del valore corrispondente. Surrogazione ipotecaria: rinvio. — **214.** Del diritto di scelta spettante al concedente.

207. La prima obbligazione che la concession dell'ipoteca impone al concedente è la *garanzia*: e, come avvenne già di osservare (1), quest'onere a lui non deriva dall'entità speciale dell'atto, la cui natura influisce soltanto nel determinare la distesa dell'obbligo, bensì dal negozio di « *alienazione* » che nella creazion della sicurtà è contenuto. Chi aliena, pel fatto stesso che aliena, sa o deve sapere s'egli ha diritto sulla cosa, e come, e in quale misura, e deve pur conoscere se l'entità della cosa sia quale da lui è stata dedotta nell'atto: la buona fede esige (2) che di questi elementi della proposta sua e della condizion che s'è asserito rispetto alla cosa, o che alla cosa ha attribuito, dia egli garanzia, costituendo essi il fondamento delle trattative riferentisi all'alienazione. Certo, si deve anche pôr mente nel valutare tal diligenza, che risponde alla colpa *in contrahendo* (3), alla condotta dell'acquirente, per inferirne se pur questa non sia illecita, e veder così in quanto possa averne modificazione la responsabilità dell'alienante (4): ma, la-

(1) V. il vol. I, pag. 566 e segg.
(2) C. civ., a. 1124.
(3) Su quest'istituto v. CHIRONI, *C. contratt.* cit.; MEILLIGER, già cit., Cod. civ. germ., § 307.
(4) V. la n. preced.

Digitized by Google

sciando qui ogni altro maggior discorso sull' argomento, basterà insistere sul risultato proposto, che la garanzia dovuta dal concedente l' ipoteca ha la sua ragion di essere nella concessione, essendovi alienazion di valore.

Questo pel *fondamento* dell' obbligo: il quale, dal considerare la concessione come alienazion di valore, che per la sua speciale caratteristica, onde ha particolar figura, è alienazione *a fin di sicurtà*, asssume poi un'*estensione* distinta. Il fine economico-giuridico del negozio non entra cioè a dichiarare la ragion dell' obbligo, e per questo verso il contenuto suo si dovrà dedurre dai concetti riferentisi all'alienazione in genere: è nel ricercarne l' estensione e la durata ch'esso val di criterio direttivo, perchè lo *scopo* del negozio, a quel modo che imprime a questo una figura speciale, dà all' obbligo di garantire una proporzionata e propria consistenza. Vien garantita l'alienazion di valore, in quanto essa è vôlta al fine di *assicurare* un rapporto di obbligazione.

208. Dal primo di questi due elementi che concorrono a formare l'obbligo di garantire che il concedente ha, s'inferisce la possibilità, o meglio la necessità di applicar qui le norme che in materia di garanzia la legge impone al venditore: difatti non essendo proprie della vendita, a quel modo che la ragion di garantire non si riferisce soltanto a questo negozio, esse rappresentano l'applicazione di quest'obbligo generale (1). S' intende, che argomentando da tal modo di costruire, quelle norme ch' esprimessero considerazioni ristrette alla sola vendita, non saranno idonee a giusta estensione che si voglia farne: non dall'alienazione in genere muovono, bensì da quell'alienazion determinata ch'è la vendita.

Dovrà perciò il concedente garantir l'*esistenza* del suo diritto come necessariamente era, ed è stato presupposto per la validità della concessione seguita: l'*estensione* attribuita al fondo sul quale è stato creato l'onere di sicurtà: e finalmente, il *difetto di vizî occulti*, o l'*esistenza delle qualità attribuite espressamente alla cosa* (2). Vero che, secondo le norme generali governanti l' obbligo di garantire, le parti son libere di modificarlo, ed anche di toglierlo (3),

(1) V. la n. preced.
(2) Che son le cause generali determinanti l'obbligazione di garantire.
(3) Arg. C. civ., a. 1483.

Digitized by Google

oppur d'imporlo dove legalmente non esisterebbe, come avvien del caso d'ipoteca ordinata per testamento: anzi, e lo si vedrà in seguito, il *fine della garanzia fa presumere che tale imposizione sia stata pur voluta nella creazion dell'ipoteca.* Rispetto poi agli effetti della garanzia, siccome al negozio di creazion di sicurtà mal si possono applicare i concetti regolanti l'istituto in materia di vendita, a causa dei diversi elementi che compongono il rapporto, così dal *fine* dell'ipoteca si dovrà inferirli: e quali siano si dirà ora, indagando questo secondo elemento dell'obbligazion di garantire.

209. Il quale vien tratto dallo *scopo giuridico* del negozio, ch'è la sicurtà data al credito: per cui, a quella parte dell'obbligo dedotta dall'*alienazione* s'unisce questa, che stringe il concedente a serbare integra la *sicurtà* conceduta a garanzia del credito, perchè a tal fine egli mirò necessariamente nell'ordinarla, come vi attese il creditore nello stipularla, o nell'accettarla. Quindi, dopo fornito l'atto creativo dell'ipoteca non avvien che ogni pericolo per cui si perda o diminuisca il valor della garanzia, rimanga a carico del creditore ipotecario, secondo che dovrebbe avvenire quando s'argomentasse dal solo concetto d'« *alienazione* », e però di « *trasferimento del diritto sul valore* »: l'alienazione è qui condizionata, contenuta com'è nel fine della « *sicurtà* », onde il rapporto ha la sua fisonomia giuridica speciale: e però, infino a che per la scadenza del credito ed il non soddisfacimento di esso il creditore non abbia il potere di esercitare il suo diritto di sicurtà, il concedente è tenuto a garantire l'integrità dell'ipoteca come venne conceduta. La sicurtà, prestata per garantire al creditore il pagamento del credito, deve esistere nella sua interezza nel momento in cui con la scadenza vien il diritto di chiederlo: l'esistenza integra della garanzia è difatti ragione della dilazion conceduta (1).

---

(1) Ma con ciò si vuol dire soltanto, che la volontà è diretta ad aver integra la sicurtà al momento in cui il credito diventa esigibile, e non s'intende che dopo questo termine venga meno l'obbligazion di garantire descritta; nè l'indagine condotta sulla volontà (quando questa non si fosse esplicata in senso contrario), nè lo scopo della sicurtà consentono tal restrizione all'obbligo imposto dalla legge; chè anzi il fine dell'istituto contraddice affatto a questa limitazione. Si dice è vero (cons. Troplong, op. cit., II, 437 *bis*; Pont, op. cit., II, 691; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1389; Gillard, op. cit., n. 294; App. Parigi, 15 maggio, 1865, in *J. de Sir.*, 1865, 2, 257) che il creditore può eliminare il danno, instando contro

Digitized by Google

Dunque, nel fine della sicurtà, nel volere delle parti in relazione ad esso, s' ha il fondamento della legge ordinante al concedente l'ipoteca volontaria, di *garantire* il creditore da ogni modificazione che tolga od alteri il valor della cosa, e però dell' ipoteca (1): tant' è, che anche nel caso di *fideiussione* l' insolvenza sopraggiunta del fideiussore obbliga il debitore a provvedere (2). Ed a quel modo che tal si suppone sia la volontà degli interessati, a questi è libero di regolare altrimenti l' obbligazion descritta di garantire, ch'è elemento non essenziale, bensì soltanto naturale ad ogni rapporto di alienazione.

Senonchè la legge, a lato di quest'obbligo imposto al concedente l'ipoteca volontaria, che deve perciò *supplire* con altre cose quelle che fossero *perite*, oppur *diminuite* di valore, ha posto nell' ordinamento generale delle obbligazioni, qual misura minacciante il debitore, la scadenza anticipata del termine, se l' obbligato non abbia prestato le garanzie promesse, o per suo fatto quelle date sian perite o diminuite di entità (3): e s' è chiesto qual differenza separi i due provvedimenti pei quali è garantita al creditore la sicurtà concessagli. Nè difficile riesce il renderla: quest' ultima è misura generale, è « *regolamento legale* » della « *responsabilità* » incombente al debitore che per fatto suo, « *per colpa*, cioè, *della quale sia responsabile* », abbia contravvenuto all'obbligo di *prestar* la garanzia: il creditore, quando le parti altrimenti non abbian voluto, può « *senz'altro* » domandare il pagamento, cessata com' è la malleveria che lo assicurava della dilazion conceduta. Invece, nei due provvedimenti speciali che a tal obbligazione si riferiscono in materia d' ipoteca e di fideiussione, la posizion del concedente la sicurtà è regolata senza tener conto di quest' elemento soggettivo della colpa: se ancor la sicurtà venisse meno per fatto indipendente dall'obbligato, il fine della garanzia non smette di produrre il suo

---

l'obbligato, e togliendo poi ipoteca giudiziale sugli altri suoi beni; ma il contenuto della sicurtà ch'è l'alienazione, e il fine suo proprio, non par che consentano tal distinzione. Certo è tuttavia, quando questa non s'accolga, che cessa l' obbligo di garantire, allorchè, liquidando la cosa onerata, il creditore procede all'esecuzione reale ch' è nel contenuto della sicurtà ipotecaria.

(1) C. civ., a. 1980; c. civ. fr., a. 2131; c. civ. germ., §§ 1133 e segg. V. Endemann, op. cit. II, § 122; c. civ. austr., § 458; Prog. del Cod. civ. svizz. (1899) §§ 854 e segg.

(2) C. civ., a. 1906.

(3) C. civ., a. 1176.

Digitized by Google

effetto della scadenza del termine: ma una benigna considerazione interviene giustamente pel debitore immune di colpa, e quest'evento dell' anticipata scadenza egli ha facoltà di scansare, sostituendo altra cosa a quella onerata d' ipoteca, o ch' è perita o diminuita di valore. Cosicchè, in quest'ordinamento particolare all' ipoteca (ed anche, sebben meno chiaramente, alla fideiussione), si contengono tre concetti regolatori dell' obbligazion di garantire: uno generale, ch'è l' anticipazion della scadenza e, occorrendo, il risarcimento del danno, quando la mancata prestazion della sicurtà stipulata derivi da colpa dell'obbligato: il secondo, parimenti generale, ch'è la sola anticipazion di scadenza pel caso che la garanzia prestata sia perita o diminuita *senza colpa del debitore*, e qui s'argomenta dal fine della garanzia: e l'ultimo, che si riferisce specialmente alle diverse figure di sicurtà, pel quale l' obbligato, se non vi è colpa a lui imputabile, ha facoltà d' eliminare l' effetto dell' anticipazion della scadenza, sostituendo a quella menomata altra garanzia della medesima specie. Sotto questo aspetto il *supplimento dell'ipoteca* è figura speciale del concetto più ampio ch'è la « *sostituzione della cosa dedotta nella concession d'ipoteca* » (1).

210. Ai quali concetti si potrà movere qualche difficoltà, pensando che l'ipoteca volontaria ben si può concedere da altri che non sia l'obbligato: e se la descrizione che s'è fatta dell'obbligazion di garantire conviene all' ipotesi dell' obbligato che abbia dato l'ipoteca, non egualmente par che s' adatti all'ipotesi ch' essa sia conceduta da terza persona. Ma la ragion di dubitare è presto tolta, quando s'osservi la condizion giuridica del terzo: il quale, non obbligato personalmente a fornire la garanzia del credito, costituisce per via della concession da lui fatta soltanto un rapporto di *alienazion di valore a fin di sicurtà*, in modo che più della figura di « *garanzia* », vi risulta l' elemento dell' « *esecuzione reale* ». Il terzo sarà perciò tenuto a prestare soltanto la garanzia che all' « *alienazione* » ha tratto: e quando senza sua colpa la cosa onerata perisca, oppur diminuisca nel suo valore, a nessun supplimento egli sarà personalmente obbligato.

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 286; Troplong, op. cit., II, 542; Pont, op. cit., II, 692; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1391.

Digitized by Google

Ma tal obbligazione peserà tutta sul debitore vincolato alla prestazione integra della sicurtà pattuita, purchè l'ipoteca non sia stata conceduta dal terzo per solo intervento suo personale, senza che il debitore avesse a tal concessione obbligo alcuno; e può anche riferirsi al terzo stesso, s'egli si fosse personalmente *obbligato* a fornire la garanzia ipotecaria pel debito altrui, nella qual ipotesi, oltre che contro il debitore, il creditore potrebbe agire pel supplemento contro di lui, a fin di costringerlo a mantenere nella sua integrità la garanzia promessa.

211. Dei termini il cui concorso è necessario affinchè quest'obbligazion di garantire abbia consistenza, il primo è stato descritto nell'esporne il fondamento: ch'è tutto cioè nella « *volontà* » delle parti, nella « *concessione* » involvente l'alienazion del valore, e quindi la naturale sommessione dell'alienante a garantire la verità degli elementi ch'egli fornisce all'esistenza del rapporto. Perciò, soltanto dal negozio di « *creazione* » dell'ipoteca, considerata per sè, tale obbligo nasce: e si può riferirlo in conseguenza alla sola figura dell'ipoteca volontaria, comprendendo in questa, oltre il caso che la volontà sia espressamente volta alla concession della sicurtà, ancor l'altro d'ipoteca data sì dalla legge, ma per effetto del presunto voler delle parti (ipoteca volontaria tacita). E vi si comprende pure l'ipoteca legale generale, nel caso che la *restrizione* operata fin da principio, o la *riduzione* ottenuta in seguito, abbian virtù di mutare la ragion della sicurtà da *legale* in *volontaria*: s'insegna, che tal mutamento questi due istituti lo producan sempre (1), ma è occorso già di avvertire, che non *sempre* il provvedimento degli interessati fa venir meno la provvision della legge, e che per ordinario, vòlta com'è la « *riduzione* » a temperare la soverchia virtù della *generalità* di certe ipoteche, il rimedio costringe in giusti termini la sicurtà senz'alterarne l'origine. Con tale avvertenza si può ben intendere quando l'ipoteca legale, per essere stata *ristretta* o *ridotta*, assuma qualità di *volontaria*, e valevolmente dia così nascita all'obbligazion di *garantire*.

---

(1) Cons. Duranton, op. cit., XX, 59; Grenier, op. cit. I, 268; Pont, op. cit., II, 699 e segg.; Thézard, op. cit. n. 67; Baudry-Lacantinenie et de Loynes, op. cit., II, 1394.

Digitized by Google

Che di regola, dunque, manca dove l'ipoteca è puramente legale o giudiziale: qui non la « *volontà* » crea l'onere di sicurtà, bensì la legge dà diritto a costituirlo per via di special favore verso la ragion del credito, e l'essenza dell'istituto è « *un privilegio reso reale* ». E, come la volontà non ha *creato* la sicurtà, manca il fondamento dell'obbligazion di garantire: l'ipoteca esiste non qual onere che il concedente siasi assunto, sibbene in virtù della specializzazione consentita dalla legge alla garanzia generale ch'è fornita dal patrimonio dell'obbligato (1).

212. Occorre perciò, a che valevolmente il creditore possa esercitare il suo diritto alla garanzia, s'abbia la diminuzion di valore, a lui dannosa in quanto menoma la sicurtà concedutagli: e in questo concetto generale si contengono i termini speciali, il cui concorso forma la ragion di essere dell'obbligazione del concedente.

Il primo è, che nella cosa onerata avvenga diminuzion di valore da quel ch'era nella concessione, perchè se la causa che s'asserisce a tal mutamento esisteva già a tal tempo della concessione, non si può dire che sia avvenuto alcun mutamento posteriore, e però manca la ragion dell'obbligo di garantire: la cosa, e quindi il valore suppostole nella concession della sicurtà, non ha mutato, e il creditore che valutandola come idonea a garantirsi, l'estimò per più di quel ch'era, deve imputare a sè il giudizio errato (2): sempre che non occorra contro al concedente la colpa *in contrahendo* che lo renda responsabile di tal errore. È necessario poi, che la mutazione avvenuta sia *dannosa*, nel senso che menomi l'entità della garanzia ipotecaria: se colpisse soltanto alcuna od alcune delle cose ipotecate, ma le restanti valessero a serbare integra la sicurtà, il valore alienato, mancherebbe nel creditore la ragion di agire (3),

---

(1) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1393: che argomentano dal luogo in cui è posta la regola (l'ordinamento delle *ipoteche convenzionali*), non dall'entità della garanzia.

(2) Così non v'è obbligo di garantire, pel caso venissero esercitati i diritti d'ipoteca anteriormente inscritti. Aubry et Rau, op. cit., § 286; Pont, op. cit., II, 692 e segg.

(3) Non basta la diminuzion della cosa, se non v'è danno: la garanzia dipende dalla concessione della sicurtà, e quando questa non sia sminuita non v'è ragione alcuna che obblighi ad integrarla. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1392.

Digitized by Google

Occorre da ultimo, che la diminuzion di valore sia vera, ed è tale quando la mutazione colpisce direttamente l'*entità* della cosa dedotta nel negozio di sicurtà: è difatti rispetto ad essa che si suppon valutata la sufficienza alla garanzia, e di qui due conseguenze. La prima, che la diminuzione lamentata deve risultare da variazione nello stato materiale della cosa (1), a tal condizione riferendosi l'avvenuta estimazion del valore: se risultasse da cangiamento avvenuto nel pregiarne l'entità, come avverrebbe se il minerale di cui fosse ricca la miniera ipotecáta avesse subìto un grave calo di prezzo, o se questo avvenimento colpisse i prodotti dell'impiego agricolo ed industriale del fondo ipotecato, lo stato materiale della cosa non soffrirebbe alterazione veruna, e non può averne quindi origine l'obbligazion di garantire. Potranno le parti interessate modificare il contenuto di tale obbligo, e renderlo grave così da comprendervi ancor gli avvenimenti che producessero la diminuzion di prezzo o di richiesta dei prodotti or avvertita; potranno menomarla, riducendo ad alcuni i casi di cangiamento dello stato materiale del fondo, od escluderne nominalmente taluni, come avverrebbe se fossero esclusi i cangiamenti relativi alle cose immobili per destinazione.

Altra conseguenza è del non aversi diminuzion reale quando il cangiamento sia prodotto dall' esercizio d' atti regolari di amministrazione, perchè l'ipoteca, qual diritto di garanzia, lascia al concedente l'utilità delle cose onerate, a quel modo che con l'insistenza dell'onere gliene lascia la disposizione. Atti regolari s'è detto (2): il concedente titolare della cosa gravata di sicurtà non ha facoltà di abusare del poter suo, vietandoglielo il diritto reale che altri ha: onde l'obbligo di garantire il creditore ipotecario, contro ogni cangiamento che derivi da non regolare amministrazione, e modifichi l'entità materiale della cosa.

213. L'obbligazion descritta nasce in conseguenza della perdita reale, effettiva della cosa onerata di sicurtà: quando s' avverino fatti non inducenti tal avvenimento, sibbene la semplice *trasfor-*

---

(1) Cons. Duranton, op. cit., XIX, 382; Aubry et Rau, op. cit., § 286; Laurent, op. cit., XXX, 517; Pont, op. cit., II, 693; Thézard, op. cit., n. 67; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1392.

(2) Così il taglio regolare delle piante esistenti sul terreno ipotecato, non è fatto ingiurioso che dia nascita all'obbligazion di garantire. Arg. C. civ. germ., § 1135.

Digitized by Google

mazione economica della cosa stessa, per cui all'esistenza sua nel patrimonio sia sostituito il valore, e su questo avvenga *di diritto* la surrogazion dell'onere, chiaro è ch'essa non può sorgere. Difatti, qui non s'avrebbe distruzion totale o parziale della cosa onerata, bensì la sostituzione valevole dell'oggetto gravato di sicurtà, e nessun danno può averne il creditore: così, nelle ipotesi di espropriazione a causa di pubblica utilità, d'indennità dovuta per effetto di assicurazione contro il danno che ha colpito la cosa ipotecata, il diritto d'ipoteca si fissa sul *prezzo* (1): non s'ha cioè perdita della cosa, e nessuna obbligazion di garantire esiste a carico del debitore concedente.

214. Il quale, per effetto di tal obbligo, ha la scelta tra i due modi per cui s'effettua l'obbligazion di garantire (2): o dare il supplimento che ripari alla perdita materiale della cosa, e perciò dell'ipoteca, o pagar il debito garantito, sebbene la scadenza del termine a ciò fissato non sia ancor giunta. La virtù dunque dell'obbligazione imposta al debitore si manifesta in un rapporto alternativo, in cui gli appartien la scelta: deve supplire, procedere alla sostituzione totale o parziale dell'oggetto, se non vuol pagare: e così l'interesse del creditore e del debitore sono egualmente protetti, mantenendosi al debitore il benefizio del termine pattuito quand'egli serbi al creditore la sicurtà, in considerazion della quale questi consentì la dilazione.

Può darsi tuttavia, che il debitore non provveda alla sostituzione, e non sia neppur tenuto alla restituzion della somma garantita: il qual fatto è soltanto in apparenza una limitazione all'ordinamento descritto, perchè in realtà esso contiene il pagamento del debitore a sè medesimo per altra condizion giuridica in cui è rispetto alla somma stessa. È per tal qualità ch'egli ritiene la somma che tuttavia come debitore dovrebbe pagare: così, se della somma dovuta egli fosse usufruttuario, il mancato supplimento dell'ipoteca lo astringerebbe a restituire, ma il suo diritto di usufrutto gli dà potere di ritenerla: o meglio, di pagare a sè stesso.

---

(1) C. civ., a. 1951.

(2) Cons. Duranton, op. cit., XIX, 389; Aubry et Rau, op. cit., § 286; Laurent, op. cit., XXX, 524; Troplong, op. cit., II, 542; Pont, op. cit., II, 692; Thézard, op. cit., 67; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1391.

Digitized by Google

§ 2.

L'obbligazion di garantire in relazione alla « costituzione » *dell' ipoteca.*

SOMMARIO. — **215-217.** Contenuto di tal parte dell' obbligazione di garantire: e ragion sua.

215. L'obbligo di garantire che or si descriverà, non include una garantia speciale, sibbene lo sviluppo dell' obbligazion generale di cui s' e discorso, in quanto si voglia considerarla rispetto all'« *iscrizione* » ch'è il modo di costituir l'ipoteca. S'è detto che la garantia dovuta dal debitore produce un diverso effetto, secondo che il fatto onde ha origine sia ascrivibile a colpa sua od al caso, e che nella prima delle due ipotesi è negata al debitore la facoltà di scegliere tra il pagamento e la reintegrazione, e gli vien tolto affatto il beneficio del termine: nè tal contenuto cangia, se invece di coordinare l' obbligo di garantire al negozio di concessione d' ipoteca (alienazione a fin di garanzia), lo si riferisca all'avvenuta costituzion di essa per via dell'iscrizione.

Si può difatti dubitare, se il debitore concedente non sia tenuto per virtù della concessione a *garantire* al creditore la *costituzione* della sicurtà, in quel grado che lo stato ipotecario della cosa onerata consentiva nel momento della creazione: parrebbe cioè, che se l'ipoteca *esiste* qual diritto reale sulla cosa soltanto per via dell'iscrizione, sia rimpetto ai terzi che allo stesso concedente, questo non possa valevolmente far alcun atto di alienazione prima che a tal formalità sia dato compimento. E qui i due istituti della « *trascrizione* » e dell' « *iscrizione* » s'incontrerebbero nella funzione economico-giuridica di sostituire, di rappresentare ciò che nel diritto comune era il contenuto della « *traditio* » rispetto alla trasmission della proprietà, costituendovisi l'ipoteca per via di semplice patto: non è, badisi (e di ciò si dirà meglio in seguito, esponendo il contenuto dell' « *iscrizione* »), che la *trascrizione* comprenda da sola tutta l'autorità e l'importanza data alla *traditio*, perchè la funzione inerente a questa forma è nel diritto odierno passata in parte al « *consenso* », producendo esso tra le parti la trasmission del diritto: ma in quanto

Digitized by Google

è necessaria perchè l'atto sia efficace rimpetto ai terzi, la trascrizion vi concorre. Ora, senza approfondir oltre questo punto, se prima della trascrizione l'alienante cedesse ad altra persona il diritto alienato, e il primo acquirente non avendo trascritto a tempo, ne avesse danno, sarebbe tenuto a garantire, perchè la non avvenuta trasmissione è derivata dal *fatto suo*, e quindi all'ingiuria sofferta da quell'acquirente egli ha dato causa: e parrebbe che ciò debba pur dirsi del concedente che prima dell'iscrizione abbia alienato la cosa ad altri, o consentito diritto d'ipoteca, ed il nuovo concessionario abbia in precedenza del primo creditore trascritto l'acquisto; od iscritto l'ipoteca concedutagli.

Ma la ragion di analogia non sta, perchè rispetto all'obbligazion di garantire troppo è diverso il contenuto del diritto concesso nelle due ipotesi di alienazione della cosa, e di alienazion del valore di essa a fin di sicurtà ipotecaria: nella prima, l'alienante s'è spogliato di ogni suo poter giuridico sulla cosa alienata, e quindi s'è interdetto di alienar nuovamente ciò che pel negozio compiuto è escito dal suo patrimonio, cosicchè con la nuova alienazione, che, ponendo il nuovo acquirente in grado di trascrivere, ha impedito al primo l'acquisto effettivo della cosa, egli ha violato rispetto a quest'ultimo l'obbligo che s'era assunto con la vendita, e giustamente di tal ingiuria deve garanzia; invece, altrimenti avviene nella seconda ipotesi. Qui il concedente aliena il *valor generico* di una cosa determinata, e per una determinata quantità: non avendo perciò alienato il diritto suo sulla cosa, la concession del valore non gli può interdire di alienare in seguito la cosa stessa, od altre parti di questo valor generico della cosa. L'indeterminatezza cioè del valore cui si riferiscono le alienazioni così avvenute, cessa con la liquidazione ch'è il modo di realizzarlo effettivamente, e su di esso, quando sia determinato, i concessionari agiscono a fin di conseguire l'*oggetto* dell'avuta concessione, osservate in ciò le regole statuite pel concorso.

216. Non contenendosi dunque nella concession d'ipoteca l'interdizione ad oltre alienare del valor generico della cosa, oppur la cosa stessa, chiaro è che questi fatti non inducono, come avvien per l'alienazione della cosa, l'obbligo di *garantire* il creditore che non avesse anteriormente fatto iscrivere l'ipoteca concessagli. Alla qual formalità egli, che principalmente v'ha interesse, dovea pensare,

Digitized by Google

nè l'averla tralasciata menoma al concedente i poteri che la concession dell' ipoteca gli lascia sulla cosa onerata: perciò, se in seguito all'esercizio legittimo che ne sia fatto, altri, trascrivendo, gli vieti di poter acquistare il diritto reale di sicurtà, oppur con l'iscrizione gli tolga il grado che iscrivendo sollecitamente avrebbe ottenuto, il danno è suo; *soltanto* al suo fatto è ascrivibile la ragion che lo produsse.

Purchè *questa* a lui *soltanto* si debba asserire. Che se (e qui la trascrizione s'incontra ancora con l'iscrizione) a tal pregiudizio il concedente avesse pure concorso, dovrà risponderne: e ciò non pel divieto ampio, generico degli atti emulativi che si voglia supporre (1), ma deducendo dal rapporto di obbligazione, vietante al concedente d'impedir col *fatto proprio* che il concessionario acquisti effettivamente il diritto trasmessogli. Nè, a chiarimento di tal criterio, par dubbio che il concedente, come s'è osservato, possa procedere ad alienazioni successive: ma quando ne consegua quell'impedimento avvertito, ed il concedente abbia agito coll'*intendimento di produrlo* (e l'appurare tal volontà è question di fatto), è certa l'obbligazion sua di garantire pel dolo che gli è imputabile nel non seguito acquisto della sicurtà.

217. Altro è ricercare, se a lato di questa obbligazion di garantire, od indipendentemente da essa, il creditore ipotecario offeso e danneggiato abbia diritto di chiedere la «*nullità*» dell'alienazione trascritta, o dell'iscrizione tolta prima ch'egli avesse iscritto l'ipoteca concessagli: dalla qual indagine dev' essere eliminata l'ipotesi della possibilità ch'egli ha di movere l'azion revocatoria, perchè, concorrendo gli altri estremi, il fatto ingiurioso del concedente nel mentre fa sorgere l'obbligazion sua di garantire, menoma o toglie la garanzia patrimoniale che dovrebbe sorreggerla. Diversa è la questione: può ben avvenire che tutti gli elementi bisognevoli per instituire la pauliana, difettino: l'ingiuria sofferta dal creditore dovrà perciò produrre il solo effetto dell'obbligazion di garantire?

Il dubbio è stato proposto in materia di trascrizione, e s'è insegnato che se l'acquirente successivo, *conoscendo* l'alienazione anteriore, abbia acquistato con l' intendimento di prevenire, trascri-

(1) V. la n. 3 a pag. seg.

Digitized by Google

vendo, il primo concessionario, questa *frode*, cui s'unisce il contegno doloso dell'alienante, induce, qual risultato della sua *responsabilità*, l'annullamento dell'avvenuto acquisto: or applicando questa decisione, ed il ragionamento che la conforta, al rapporto tra il creditore che non abbia iscritto l'ipoteca e l'acquirente che avendo acquistato dopo la concessione di tal sicurtà abbia trascritto prima dell'iscrizione, od altro creditore che abbia inscritto con precedenza l'ipoteca concessagli dopo, si dovrebbe dire, che quando in ciò concorra la condotta frodolenta del concedente, e del concessionario che prevenì (trascrivendo od inscrivendo) il concessionario anteriore, la responsabilità della frode induca a favor del creditore offeso il diritto di poter validamente inscrivere l'ipoteca sua, come se la trascrizione o l'iscrizione precedenti non esistessero. Questi due atti sarebbero insomma viziati per nullità relativa (1).

Ora, par difficile che in tal dottrina si possa consentire (2). Fondamento suo sarebbe il divieto di atti emulativi, e qual norma generale, se non scritta nella legge, tratta almeno dal coordinamento dei varî provvedimenti ch'essa dà intorno l'esercizio dei diritti, questo divieto così ampio non sussiste (3): quando il diritto ogget-

---

(1) Aubry et Rau, op. cit., § 267; Pont, op. cit., II, 728; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., n. 1441 in f.

(2) Cons. in materia di trascrizione App. Napoli, 7 apr. 1897 (*Giur. it.*, 1898, I, 2, 581), e App. Catania 21 luglio 1899 (*Legge*, 1897, 2, 776).

(3) Cons. e cfr. la compiuta mon. di Scialoia in *Encicl. giur. ital.* (Milano, 1881 e segg.) v. *Aemulatio:* e cfr. pure la disposizione generale del Cod. civ. german., (tolta dal *Landr.* pruss. I, 6, § 37; I, 8, § 27) vietante l'esercizio del diritto, col solo animo di nuocere altrui. Vero, che gli argomenti a favor del divieto sono ben gravi, e quantunque i fonti non li sorreggano con l'efficacia che parrebbe (cons. Scialoja, mon. cit.), si può dire ch'è illecita l'azione vôlta solo al fine di recar danno: che cioè, l'esercizio del diritto vela sotto l'apparenza della legittimità la prava volontà di offendere. Si può dire: ma non par si dica bene, quando la legge espressamente (come avvien della germanica) non imponga siffatto limite al potere contenuto nel diritto, che altrimenti non riconosce altro termine che quel che gli viene dal diritto altrui. L'offesa non è ingiuria, se non si opera *sine iure* o *c. ius:* bisognerebbe asserire che la *frode* (elemento soggettivo) possa supplire al difetto di quest'elemento oggettivo della responsabilità, e non si può farlo se l'ordinamento legislativo non dia modo di poter costruire così. Cons. sul § 226 cit. coord. al § 903, Endemann, op. cit., I, § 71; Enneccerus u. Lehmann, op. cit., II, § 18. E in conformità ai concetti espressi nel testo, v. Holmes, *Anglo-American Law* cit., lez. IV. Ma come si può intendere e garantire il *diritto*, se, non l'*interesse*, sibbene la frode è spinta ad agire? V. su ciò in seg.

Digitized by Google

tivo conce le un potere determinato e non fissa limiti entro ai quali la concessione o l'esercizio ne sia costretto, il titolare ha facoltà di agire com'egli vuole, purchè non ecceda dai termini inerenti al contenuto stesso del diritto ch'esercita. La sola considerazion del danno che dal modo di esercizio preferito altri possa averne, non basta a che l'atto del titolare diventi ingiusto: a ciò occorre necessariamente la *violazione* del diritto altrui, ed al difetto di tal termine non supplisce la condizion soggettiva dell'agente, che tra un modo non dannoso di esercizio ed altro producente danno abbia scelto quest'ultimo, oppur abbia, senza suo profitto, esercitato il diritto col solo animo e pel solo fine di cagionar danno ad altri. La responsabilità per atto emulativo è figura speciale della responsabilità non contrattuale, e questa, per ordinario, non sussiste (1), se alla ingiuria soggettiva (*dolo, colpa*) non s'aggiunga l'oggettiva (*violazione del diritto*): a meno che non si voglia riferire tal forma di « *danneggiamento* » al diritto che ognuno abbia d'impedire che altri eserciti il suo diritto pel solo fine pensatamente voluto di danneggiare, al diritto cioè di danneggiare con *frode*. E se pur ciò fosse (nè la dottrina è accoglibile), mal si potrebbe farne applicazione all'ipotesi or descritta: chi avendo acquistato trascrive, od avendo ottenuto ipoteca s'affretta a costituirla inscrivendola, fa quel che la legge ordina perchè valevolmente possa affermare l'esistenza del suo diritto: nè importa che altri da ciò abbia detrimento, non potendo egli altrimenti scansare il danno che dalla sua inazion gli verrebbe. Nè val obbiettare (come si fa per ordinario a sostegno della teoria contraria) che il nuovo acquirente od il nuovo creditore sapevano della concession di già avvenuta, sebbene non inscritta, e questa loro conoscenza, se non supplisce al difetto dell'iscrizione, li rende responsabili verso il danneggiato, che per tal responsabilità ha diritto di mantener integra contro di loro l'alienazion seguita: si son valsi del provvedimento che la legge ordina a fin di stabilire la priorità tra acquisti successivi, e non fa che di alienazioni precedenti sapessero, perchè toccava a questi acquisitori di premunirsi per via dell'iscrizione: se ciò non curarono, e quelli di tal tardanza profittarono, la prevenzione è stata correttamente esercitata. D'altronde, se la legge ha ordinato certe forme a fin di dar pubblicità agli

(1) V. Chironi, *Colpa extra-contratt.*, I, cap. 1.

Digitized by Google

atti per cui son richieste, al difetto di esse non può soccorrere la prova della conoscenza che ciononostante di tali atti siasi avuta: questa prova, secondo il fine dell'ordinamento legislativo intorno la trascrizione e l'iscrizione, è data soltanto dall'osservanza delle forme stabilite.

Quindi è, che pur accogliendo nella maggior ampiezza sua la teoria del divieto degli atti emulativi, la natura ed il fine di quest'ordinamento sulla pubblicità vietano che all'ipotesi descritta si possa correttamente applicarla.

CAPITOLO VI.

La « costituzione » *del diritto reale d'ipoteca.*

GENERALITÀ.

SOMMARIO. — **218-222.** Ancora sulla distinzione fondamentale proposta tra i due momenti della « *creazione* » e della « *costituzione* » dell'ipoteca. Quando pur vogliasi insistere sull'analogia strettissima delle due forme « *trascrizione* » ed « *iscrizione* », si può affermare che la differenza tra il diritto romano e l'odierno rispetto al « passaggio del dominio » si riduce a poco. La « *traditio* » e la « *trascrizione* » odierna: gli effetti della vendita tra le parti si spiegano col solo concetto dell'obbligazione. Riferimento di questi criterî all' « *iscrizione* ». — **223.** Applicazione a casi diversi, in cui la dottrina dominante vede la perfezion dell'ipoteca tra le parti senza l'iscrizione, e la dottrina proposta scorge soltanto l'effetto del negozio contenente l'alienazione. — **224.** Conseguenze rispetto all'ipoteca legale. — **225.** Partizione della materia.

218. All'esposizione dell'ordinamento sulla costituzion del rapporto d'ipoteca è bene far precedere nuove indagini e più vigorose considerazioni, giustificanti la separazion proposta come fondamentale, tra i due momenti che debbono concorrere a dar esistenza a questo diritto di sicurtà, denominati « *creazione* » il primo, e l'altro « *costituzione* » dell'onere ipotecario. S'è già dimostrato, che neppur tra le parti « esiste » in effetto l'ipoteca senza che sia costituita per via dell'iscrizione (1): si può aggiungere ora, che pur tra-

(1) V. il cap. preced.

Digitized by Google

scurando di considerare l'entità dell'ipoteca, che, vôlta a meglio assicurare la prelazione con la realità, si dirige particolarmente ai terzi, e restringendo l'osservazione al solo concetto di « *alienazion di valore* », il solo modo col quale si possa effettuare nel concessionario la *quasi traditio* od investitura del diritto consentitogli, è l'*iscrizione*. Nella vendita, supposto pure che il trasferimento compiuto della proprietà avvenga pel semplice consenso, la cosa può essere consegnata, e il compratore ben può fruirne: nella cession dei diritti, imagine della consegna è il dare che si fa dal cedente al cessionario del titolo comprovante l'esistenza del diritto ceduto (1): e perciò nell'ipoteca questa parvenza di consegna, d'investitura nel diritto reale non potrebbe risultare se non dal compimento della forma ch'è l'« *iscrizione* ».

Senonchè, par che nel diritto patrio odierno sia errore grave accomunare nel significato loro queste due voci di « *consegna* » e d'« *investitura* »: con la vittoria ch'ebbe il principio della « *consensualità* » nel trapasso dei diritti, la consegna sarebbe un semplice fatto materiale derivante dall'obbligazion del cedente di non ritenere ciò che per l'atto suo è diventato di altri, nè varrebbe quindi qual elemento giuridico del trapasso: chiamandola « *investitura* », s'avrebbe, se non errore, una grave confusion di termini, perchè tal era davvero la « *traditio* » del diritto comune e tale la « *Gewere* » germanica, modi d'acquisto ben differenti da quella povera cosa che oggi sarebbe la « *consegna* ». Tutto questo parrebbe, e forse non è: e pensatamente s'è qui detto d'« *investitura* » a fin di tornare sul confronto già tenuto, e sull'analogia ch'è insegnata dalla teoria dominante tra le due formalità della « *trascrizione* » e dell'« *iscrizione* » (2).

---

(1) C. civ., a. 1538, *al.*

(2) V. il n. seg. Certo, nella *trascrizione* e nell'*iscrizione* v'è una ragion comune che le ha determinate e le giustifica: la teoria dominante (v. la n. seg.) non spinge questa ricerca al di là del puro elemento esteriore, e affermando che il fine d'entrambi istituti è la *pubblicità*, estende all'*iscrizione* il modo incompiuto col quale il legislatore tratteggiò la *trascrizione*, e che ripugna al concetto economico-giuridico ond'è informata. Ragion di essere, che, dovendo l'idea giuridica esprimere il bisogno economico, non è la semplice *pubblicità*, ch'è piuttosto lo *scopo*, sibbene l'acquisto del diritto mediante un atto rilevante l'insistenza dell'acquirente sull'oggetto, la signoría che cioè gli è stata trasmessa, l'investitura: ecco il mezzo giuridico col quale si volle conseguire il fine economico della pubblicità. *Investitura* son dunque la trascrizione e l'iscrizione; ma in quella, per la distinzion ri-

Digitized by Google

219. Della qual analogia s'è detto consistere nel fine ch'è comune ai due istituti, di dar cioè « *pubblicità* » a certi atti: onde la teoria, fermata così da parer vano il combatterla, ch'essi sian vôlti a dar efficacia all'atto di fronte ai terzi (1). Nelle ricerche e nelle considerazioni fatte su tal punto (2) s'è cercato di mostrare come pur concedendo tal virtù alla « *trascrizione* », la ragion storico-giuridica, e però economica, dell'« *iscrizione* » altra e maggior forza consente a questo istituto: nè ai terzi la sua efficacia si volle limitare, e della « *pubblicità* » si trattò sempre qual mezzo occorrente a dar vita al rapporto, onde la dottrina qui proposta che fa dipendere l'*esistenza* dell'*ipoteca*, come *diritto reale*, dall'iscrizione, dalla forma cioè occorrente a « *costituirla* ». Senonchè, una difficoltà non leggiera par s'opponga alla proposta, ed è il divario profondo che separerebbe nella rispettiva entità due istituti rivolti al medesimo fine, ch'è la pubblicità: e sebbene il carattere particolare dell'ipoteca, la funzion economica sua, possa agevolmente spiegarlo e giustificarlo, non apparirebbe men profondo nell'ordinamento legale sulle forme destinate a dar pubblicità a certi atti. Vero, che quando quest'armonia d'istituti si voglia, si può ottenerla: non ristringendo, come s'insegna della trascrizione, la necessità dell'iscrizione a render efficace l'atto rimpetto ai terzi, bensì asserendo la virtù della « *traditio* », ed esigendone il concorso per l'*esistenza del trasferimento*: nè la proposta parrà difficilmente

---

cevuta tra l'effetto dall'atto rimpetto alle parti ed ai terzi, il modo venne dimezzato nella sua entità giuridica: e non vi è ragione alcuna per dimezzarlo anche rispetto all'iscrizione, la cui interezza dovrebbe piuttosto suggerire la necessità d'integrare la *trascrizione*, senza bisogno di ricorrere ad istituti giuridici stranieri. V. la cit. e relaz. e il cit. prog. CARMINE-BONASI.

Certo, vi è modo di rompere questa disformità tra due forme del medesimo concetto, ben distinguendo la portata dell'*obbligazione* da quella che ha la *trascrizione;* sebbene con ciò non sia tolta la incompiutezza della trascrizione quando sia ristretta, com'è nella legge (C. civ., a. 1932), a certi atti: ma di ciò in seguito (v. il n. seguente).

Sulla *vestitura* v. da ultimo il notevole studio storico di CHAMPEAUX, *Ess. sur la vestit. ou saisine* (Paris, 1893) pag. 7-52.

(1) Insegnano che l'iscrizione occorre soltanto di fronte ai terzi, AUBRY et RAU, op. cit., § 267; LAURENT, op. cit., XXX, 546; TROPLONG, op. cit, II, 567; PONT, op. cit., II, 730; THÉZARD, op. cit., 137; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 1438 e segg. Cfr. tuttavia TARRIBLE, in MERLIN, *Rép.* cit., v. *Inscript. hypoth.*, § 2; e cfr. pure COLMET DE SANTERRE, op. cit., l. cit.

(2) V. il § prec. cit.

Digitized by Google

giustificabile, dove si segua con esattezza il movimento legislativo sui due punti della « *consensualità* » e della « *trascrizione* ».

Della quale s'è dubitato, se davvero, concorrendo essa a dar esistenza giuridica a certi atti, meglio che a « *conservarli* » non sia diretta a « *crearli* »: e quando si pensi alla ragion economico-giuridica degli atti stessi, ed alla funzion della forma ch'è la trascrizione, parrà cosa strana questa di asserire che tutto l'effetto dell'atto, l'acquisto cioè del diritto trasmesso, si produca tra le parti senza la trascrizione, e non rimpetto ai terzi prima che sia trascritto. Certo, e specialmente la considerazione è vera pel caso di acquisto di diritti reali, se la nascita è avvenuta, mal s'intende tale distinzion di persone tra cui opera: e quando all'acquirente il diritto sulla cosa è effettivamente nato, questa sua caratteristica dovrebbe in modo particolare operar di fronte ai terzi, perchè il potere d'insistere sulla cosa, acquistato valevolmente che sia, spetta per l'entità sua così rimpetto al concedente come a chiunque. Non par difettosa assai la costruzione che la dottrina dominante fa in materia di vendita, asserendo che il consenso rende il compratore « *proprietario* » della cosa comperata, ma che la « *proprietà* » così ottenuta non sia trasmessa in rapporto ai terzi, se la trascrizion richiesta dalla legge non sia stata eseguita? E quando questa teoria dovesse accogliersi, non parrebbe necessario l'inferirne che la vendita di cosa altrui, meglio che annullabile sia addirittura inesistente?

A tali obbiezioni s'è qui risposto mostrando come nella « *consensualità* » sian due momenti: il consenso cioè vôlto alla conclusion del negozio, ed il consenso che concorre a rappresentar ciò che nel diritto comune era proprio alla tradizione, sicchè il mancar di questa funzione non intacca l'integrità dell'altra: soltanto in riguardo ai terzi, parte della virtù serbata alla « *tradizione* » sarebbe pur passata nella « *trascrizione* ». Si può invece compier meglio il pensiero ch'è nella legge ordinante la pubblicità, e dire, che per gli atti d'acquisto richiedenti la forma della *trascrizione*, questa rappresenti da sola e per sè nel diritto odierno ciò che nel comune spettava alla *tradizione*: e che a spiegare i rapporti tra le parti non è necessario attribuire al consenso alcuna virtù operante il trasferimento del diritto. Che il venditore sia obbligato a consegnar la cosa, quando a rifiutarvisi gli manchi ogni giustificazion legale: che sia tenuto alla garanzia; che se tra più eredi del venditore uno abbia nella porzione spettatagli tutta la cosa venduta,

Digitized by Google

il compratore abbia diritto di chiederla a lui solo: tutto ciò è conseguenza necessaria del rapporto di obbligazione, avente ad oggetto il « *dare* », nè abbisogna di ricorrere all'espediente dell' « *acquisto* » perfetto tra le parti pel semplice consenso (1). Avveniva forse altrimenti nel diritto comune?

220. La ragion della teoria dominante è tutta nell' imperfetta osservazione del movimento legislativo su questo punto. Nel diritto francese, onde s'acquistò ad altre legislazioni l'istituto della trascrizione, s'era mantenuto sì il concetto della « *tradizione* », ma, pel soverchio fingersi del modo di effettuarla, lo si venne assottigliando così, che nell'atto di trasferimento una semplice clausola era tenuta sufficiente ad eseguirla: quando poi la clausola passò, per consuetudine, tra quelle dette « *di stile* », si vide che in sostanza la tradizione si compieva per via del solo consenso: e di qui (a causa della non osservata distinzione tra le due funzioni che questo esercitava rispetto al *negozio* ed all'*atto d'acquisto*) il concetto del trasferimento della proprietà dipendente non da tradizione, bensì dal solo consenso dei contraenti. Nel periodo legislativo rivoluzionario s'avvertì, col bisogno della « *pubblicità* » occorrente alla sicurezza dei trasferimenti, la necessità economica ch'era la ragion d'essere della « *traditio* » romana, e si gittarono le basi dell'istituto, che fu poi la « *trascrizione* »: ma il codice civile non disciplinò l' istituto secondo gl'intendimenti che lo avevan mosso, e soltanto più tardi (2) venne ordinato con alquanta latitudine: sebbene non così ampia, come il suo fondamento economico-giuridico avrebbe richiesto (3).

La riforma, già timida, ebbe nell' interpretazion dei giuristi nuova causa di debolezza. Non si pensò che con la « *trascrizione* » si tornava al concetto della « *traditio* », accertandosi per essa la « *verità* » e perciò stesso l' « *esistenza* » dell' « *acquisto* », ma si volle coordinarla al principio della « *consensualità* », derivato al codice civile dal diritto anteriore alla codificazione: s'ebbe così la distinzion dell' acquisto perfetto fra le parti e di quello perfetto rim-

(1) V. i nn. 223 e segg.

(2) L. fr. 23 marzo 1855.

(3) In conseguenza della distinzione segnalata tra gli effetti dell'atto rimpetto alle parti, e di fronte ai terzi. E così l'istituto venne pur accolto nel diritto italiano. C. civ., a. 1932 e segg. Cons. ZACHARIÆ-CROME, op. cit., I, § 180.

Digitized by Google

petto ai terzi, come se l'insistenza sulla cosa, una volta acquistata, non dovesse esistere senz' altro rispetto a chiunque; e, quel ch' è stato male più grave, s' impedì ogni ulteriore movimento espansivo della *trascrizione*, che, dove l' utilità sua fosse stata più correttamente interpretata, ben avrebbe rappresentato nella patria legislazione il « *contratto reale* » (*dingliche Vertrag*) del diritto germanico odierno (1).

221. Tuttavia, la dottrina generalmente insegnata intorno la « *trascrizione* », non vieta di restituir l'istituto secondo la sua ragione, in conformità alle esigenze economiche ed alla tecnica giuridica: essa, nei casi pei quali è dalla legge ordinata (2), rappresenta il *modo legittimo d'acquisto del diritto*, ed il *titolo* onde ha causa produrrà i suoi effetti soltanto tra le parti ed i loro rappresentanti. I quali effetti, come dalla dottrina son riconosciuti ed ammessi (non esclusa la semplice annullabilità della vendita di cosa altrui), si possono ben giustificare senza bisogno di riferirli al concetto di « *acquisto perfetto tra le parti* »: certo, la teoria, qui già proposta e difesa, della doppia funzion del *consenso* agevola in questo punto la difficoltà della costruzione, ma se par migliore della dottrina dominante, dà alla natura giuridica del « *consenso* » alquanta incertezza, e forse non rileva del tutto quello ch'era e dev'essere il concetto intimo della « *trascrizione* ».

Vero è che a tal costruzione par che la legge testualmente s'opponga, dove afferma (3) che la vendita è perfetta tra le parti e la proprietà passa senza bisogno di tradizione, per effetto del solo consenso: si potrebbe ben dire, che la disposizione è intesa ad affermare il mutamento seguìto nel diritto nuovo rispetto al diritto comune richiedente la tradizione, nè impedisce che, considerata la natura ed il fine dell'istituto, si tenga la « *trascrizione* » per atto occorrente all'acquisto del diritto; si potrebbe ancor soggiungere, che l'asserita perfezion della vendita tra le parti deriva necessariamente dal « *negozio stipulato* »: ma è miglior consiglio quello di

(1) Sul *Dingliche Vertrag*, v. il cod. civ. germ., §§ 873 e segg.; e su q. ENDEMANN, op. cit., II, § 17, p. 64 e segg.

(2) C. civ., a. 1932 e segg. A ciò tende giustamente il prog. ricordato nella n. 2 a pag. 352.

(3) C. civ., a. 1125, 1448; Cons. ZACHARIÆ-CROME, op. cit., I, § cit.

Digitized by Google

attribuire la conservazione di questa disposizione nella legge patria a difetto di coordinamento tra la norma governante la consensualità nella vendita, e quella disciplinante la trascrizione. La quale armonia l'interprete può restituire, intendendo la disposizione dov'è dichiarata la perfezion del trapasso dei diritti tra le parti per via del solo consenso, come necessario effetto del negozio giuridico costituito.

222. Ma, o s'accetti questa costruzione, o si distingua la perfezion del negozio di alienazione, secondo lo si consideri rispetto alle sole parti oppure in confronto ai terzi, non par dubbio che all'esistenza dell'ipoteca occorra l'iscrizione: la lettera della legge, i precedenti legislativi, la necessità di fissare principî non discordanti intorno la *nascita* dell'ipoteca, impongono di separare i due momenti della « *creazione* » e della « *costituzione* » del diritto ipotecario. La dottrina or proposta intorno all'entità della *trascrizione*, restituirebbe l'analogia che dovrebbe correre tra questo istituto e l'*iscrizione*: respingendola, l'ordinamento imperfetto che ne risulta per la trascrizione non dev'essere esteso all'« *iscrizione* »: vi ripugnano, come s'è detto, la legge, e la considerazion dei fonti onde l'ipoteca trae vita (1), e mal quindi si afferma che l'ipoteca sia perfetta tra le parti pel solo consenso, richiedendosi poi l'iscrizione soltanto rispetto ai terzi. L'ipoteca abbisogna, in ogni caso, di essere *costituita* per via dell'*iscrizione*.

Basterà accennare ad alcune questioni decise dalla dottrina e dalla giurisprudenza statuenti la distinzione or descritta, e non accolta, per intendere come le risoluzioni poste derivino non dalla *perfezione* del diritto ipotecario derivata dal solo consenso, bensì dalla « *creazion volontaria del diritto d'ipoteca* »: son cioè giustificate dall'*obbligazione* del concedente, che inerisce al negozio stesso della concessione. E come obbligazione, di necessità produce effetti limitati alle parti tra cui venne costituita.

---

(1) La storia della legge, ed i termini in cui è condotta, non pongono punto in rilievo la distinzione che d'ordinario s'insegna; cons. l'esposizione che n'è fatta nella trattazione più recente, dove pur è mantenuta tal separazione di funzioni, del Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1432 e segg. Si argomenta dall'analogia con la trascrizione: e non correttamente. V. su ciò la n. 2 a pag. 354.

Digitized by Google

223. Così, scegliendo tra le decisioni in cui maggiormente si fa consistere la pretesa fondatezza ed utilità della dottrina dominante, s'insegna, che quando la cosa su cui l'ipoteca è stata conceduta sia caduta per intero nella parte di uno degli eredi del concedente, egli rimanga obbligato, nonostante il difetto d'iscrizione, per tutto il debito garantito, in virtù del rapporto ipotecario e dell'indivisibilità che l'accompagna (1): eppure, costruendo più esattamente, par chiaro che il coerede è *tenuto* non per effetto dell'ipoteca constituita, bensì dell'obbligazion di dare la cosa alienata dall'autore, e ch'egli ebbe per intero nella sua parte: l'indivisibilità qui attiene all'obbligazione, non *all'ipoteca* (2). Vero è, che si potrebbe pur argomentare dal concetto di « *alienazion di valore* » seguita con forma di rapporto reale: ma il concetto esposto meglio risponde alla distinzion fatta tra la « *creazione* » e la « *costituzione* » dell' ipoteca, ed al rispettivo contenuto dei due momenti.

Parimenti s'afferma, che dal non aver il concessionario rinnovato nel termine utile l'iscrizione ipotecaria, non gli derivi la perdita del diritto d'ipoteca di fronte al concedente, ed ai suoi eredi (3): certo, nessun dubbio su questo punto; ma è il negozio giuridico della concessione ipotecaria seguìta che giustifica la sua pretesa, non l'*esistenza* dell' ipoteca. S' è pur deciso, che il concessionario abbia diritto di chiedere contro il concedente la surrogazion di altra cosa su cui iscrivere l'ipoteca, quando quella già conceduta sia stata dal concedente stesso alienata: ma s'è ben visto che la decisione deriva nettamente dall'obbligo di garantire, inerente al negozio di creazion dell'ipoteca (4). E da ultimo, quando s'insegna che il concedente non può prevalersi della nullità infirmante l'iscrizione, è non pure inutile, ma inesatto, il ragionamento condotto sull'esistenza supposta dell'ipoteca tra le parti, indipendentemente dall'iscrizione: il negozio giuridico della concessione (*creazione, alienazion di valore*) obbliga il concedente a dar la cosa conceduta, e lo priva perciò d'interesse legittimo ad infirmare l'iscrizione malamente tolta.

---

(1) Aubry et Rau, op. cit., § 267; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1439.

(2) C. civ., a. 1205. Cons. Laurent, op. cit., XXX, 554.

(3) V. gli Aut. cit. nella n. 1.

(4) Merlin, *Quest. de dr.* cit. V. *Inscript. hypoth.*, § 1; Aubry et Rau, op. e l. cit.; Laurent, op. cit., XXX, 553; Troplong, op. cit., II, 567; Thézard, op. cit., 264; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1439.

Digitized by Google

224. Queste considerazioni possono ormai confermare la distinzion proposta a fondamento della trattazione: il momento della *creazione* si separa dalla *costituzione* dell'ipoteca, che, effettuandosi per via dell'iscrizione, occorre all'esistenza del rapporto reale non soltanto rispetto ai terzi, ma ancor tra le parti: e gli effetti che per ordinario si vorrebbero asserire alla perfezion dell'acquisto senza la forma dell'iscrizione (per es., l'esecuzione reale promossa dal creditore contro lo stesso debitore), ben si possono spiegare, col diritto di garanzia generale che ogni creditore ha sul patrimonio del debitore (1), oppur con la figura d'alienazione di valore costituita qual rapporto reale (2). Più correttamente, e in modo più ampio, a meglio coordinarli alla distinzione proposta, ben si può connetterli all'*obbligo* derivante dal *negozio creativo* della sicurtà reale.

Negozio creativo s'è detto, perchè, come s'è avvertito (3), la separazione dei due momenti risalta nettamente nell'*ipoteca sorta per atto di volontà*: il negozio vôlto all'alienazion del valore ha nel rapporto obbligatorio che ne deriva, un contenuto a sè distinto, produttivo di effetti giuridici proprî, « indipendentemente dal diritto reale » ch'esso determina. Invece, per la mancanza di esso, nell'ipoteca *legale* propria (4) e nella *giudiziale* non s'avverte il momento giuridico speciale della *creazione*, che si confonde perciò nell'altro ch'è la *costituzione* del diritto reale:

---

(1) V. vol. I, cap. I.

(2) Certo, la correttezza della decisione riferita non esige che s'argomenti dall'*esistenza* dell'ipoteca qual diritto reale: il concetto di *alienazione* ch'è nel rapporto, basta a giustificarla. E ciò in due modi: o si bada, com'è il caso del maggior numero delle risoluzioni presentate nel testo, all'*obbligazione* che incombe al concedente per virtù della concessione avvenuta, talchè a lui manchi il potere di impedire, comunque, al concessionario di valersi degli effetti giustamente derivanti dall'atto; o s'argomenta, dove il concetto d'obbligazione non s'ha per ragion dell'origine dell'ipoteca, dall'*alienazione* in senso lato, ch'è in ogni rapporto di credito, cosicchè l'ipoteca è modo di affermare specialmente, e con prelazione, la garanzia patrimoniale spettante per legge al creditore. Che ancor qui si vale di un diritto compreso in tal modo ampio d'intendere l'alienazione (rapporto patrimoniale dell'obbligazione), nè l'obbligato può ostacolarne l'esercizio: insomma, il vincolo che toglie a questo l'interesse di contrastare nei casi esaminati il modo di procedere alla costituzion dell'onere, deriva dall'*obbligazione*, intesa o rispetto alla speciale creazion dell'ipoteca, o rispetto alla figura della garanzia patrimoniale, ch'è sustrato dell'ipoteca non originata dalla volontà.

(3) V. il cap. preced.

(4) V. la n. preced.

Digitized by Google

e mentre la teoria dominante mal può dichiarare come avvenga che in queste due figure d'ipoteca non sia possibile dir perfetto l'acquisto della sicurtà tra le parti senza l'iscrizione, con la dottrina proposta sparisce ogni difficoltà di costruzione. L'ipoteca cioè, *esiste* come tale (diritto reale di sicurtà) per via della *costituzione*: la sola *creazione* produce gli effetti particolari inerenti all'obbligazion di dare, quando dipenda da negozio giuridico; e se invece derivi dalla legge, la mancanza del vincolo giuridico fa necessariamente sì, che nessun rapporto obbligatorio nasca e si svolga tra le parti, rispetto al *creare* il diritto d'ipoteca.

225. Riaffermata in tal modo la distinzion proposta e l'entità speciale dell'*iscrizione*, questa, considerata qual forma occorrente alla *costituzione* dell'ipoteca, verrà studiata rispetto:

1° alle persone che hanno diritto a domandarla, ed a quelle che a chiederla hanno obbligo dalla legge;

2° al tempo in cui valevolmente può essere domandata;

3° alla forma con la quale dev'essere chiesta, ed eseguita: e qui il trattato, per la connessione intima tra i due argomenti, si estenderà alla ricerca della responsabilità del conservatore delle ipoteche.

§ 1.

Delle persone che hanno diritto e talvolta obbligo di domandare l'iscrizione.

SOMMARIO. — **226.** Concetti generali. — **227-229.** Di chi ha diritto a chiedere sia fatta l'iscrizione dell'ipoteca. Della capacità a ciò occorrente. — **230.** Può chiederla il creditore, direttamente o per via di rappresentante. Forma del mandato. Della gestione di affari. — **231.** L'iscrizione può anche profittare ad altri interessati che non figurano nella richiesta. — **232.** Dell'ipoteca che garantisce il titolo al portatore. — **233-234.** Degli eredi del creditore: se abbiano diritto a domandare che l'iscrizione sia tolta a nome del loro autore, o se debbano chiederla a nome proprio. Il cessionario del diritto di credito garantito: se abbia diritto a chiedere l'iscrizione e a nome di chi. Delegazione. — **235-237.** Dei creditori del creditore; se esercitando i diritti del loro debitore l'iscrizione si debba domandare a di lui nome, o possano domandarla essi a nome proprio. — **238.** Se questo diritto abbia il cessionario del solo diritto d'ipoteca (suppignoratario). — **239-245.** Delle persone obbligate a richiedere l'iscrizione.

226. La dottrina proposta intorno al modo di considerare l'« *iscrizione* », attribuisce a quest'atto qualcosa più che non sia la semplice

Digitized by Google

conferma della concession d'ipoteca (creazione), e parrebbe che non possa perciò convenirle la caratteristica della funzione semplicemente *conservativa*, che gli è attribuita dalla teoria qui non accolta, e generalmente insegnata: si potrebbe cioè avvertire, che se il rapporto reale non esiste più nell'entità sua in virtù del solo negozio, perchè a costituirlo occorre l'iscrizione, questa è atto inpendente, che si determina pel contenuto particolare ond'è distinto: e diventerebbe allor difficile di coordinare tal virtù all'ordinamento dove la legge consente a persone *incapaci* (1) di compierlo valevolmente (2). La qual contraddizione della teoria alla legge sarebbe grave, se in realtà vi fosse: ma non vi è, potendosi ben asserire alla forma dell'iscrizione l'officio di fissare giuridicamente l'esistenza del rapporto creato dal negozio, senza che perciò sia necessario di attribuirle la struttura tecnica della *traditio* o del *contratto reale* germanico (*Realvertrag*). Certo, data la separazione dei due momenti, parrebbe più corretto di attribuire ad ognuno le ragioni speciali della propria esistenza pel tempo e pel contenuto, ma ciò non vieta che il fine giuridico del secondo momento si possa svolgere col solo coordinarlo al primo: chè anzi questo modo di costruire risponde meglio al concetto generale della legge in materia di costituzione o trasferimento di diritti reali, perchè, sebben le due funzioni del consenso (3), o i due momenti che attengono all'*acquisto* vero del diritto (4) vi siano distinti, pure la separazione vi è fatta in modo, che il secondo tempo apparisce soltanto come *effettuazione*, *esecuzione* del primo. Cosicchè, questo nuovo momento non esiste qual atto indipendente dotato di propria e particolare ragion giuridica di essere, bensì qual modo per cui si

(1) C. civ. a. 1982 in f.; 1983 in f.

(2) Poichè (v. il cap. preced.) due modi si son qui proposti a fin di conciliare il criterio della consensualità, qual termine per sè bastevole all'acquisto del diritto, con la forma della trascrizione: s'è detto per un verso, che il concetto della *tradizione* si era trasformato nella funzione del consenso (effetto tra le parti) e nell'istituto pensato a dar pubblicità all'atto; e s'è detto poi, che, dichiarando la locuzion della legge sul valor del consenso si potrebbe ritener passata al tutto nella trascrizione l'entità della *traditio*. Dei due modi, il primo risponde meglio alla disposizion letterale della legge; il secondo avrebbe, come s'è osservato, il vantaggio di coordinare nello scopo, e nel modo di raggiungerlo, le due forme della trascrizione e dell'iscrizione.

(3) V. la n. preced.

(4) Secondo la teoria generalmente accolta.

Digitized by Google

s'effettua, si realizza il negozio avvenuto: e però, pur non dicendo che la sua funzione sia meramente *conservativa*, nel senso di attribuire alla *concessione* la virtù intera di costituir l'onere tra le parti, si può dirla conservativa o confermativa (1), o consumativa, intendendo di significare che per essa, tra le parti o rimpetto ai terzi, s'è fissato effettivamente il rapporto derivante dalla concessione.

Con questo coordinamento, onde il secondo momento si connette al primo, del quale diventa l'esecuzione, e che fa sorgere come rapporto reale il diritto determinato dalla volontà ch'è nel negozio di concessione; s'intende cosa della teoria generale si possa su tal punto accogliere, cosa respingere. Si respinge cioè la parte richiedente funzion conservativa affinchè l'atto creativo produca l'effetto suo di fronte ai terzi, essendo tutta oggettiva la relazione avvertita tra i due momenti: se il secondo sta al primo come la costituzione effettiva del diritto, od il trasferimento di esso sta alla volontà di costituirlo o di trasferirlo, chiaro è che i termini del rapporto, ed il rapporto stesso non cangiano per considerazion delle persone cui si voglia riferirla. Ma dell'insegnamento generale s'accoglie quella parte, che reputando « conservativo » il secondo momento, e si potrebbe meglio dirlo *confermativo* del primo, dà a quest'ultimo la caratteristica di principale, onde la possibilità che *persone incapaci* possano instare a che lo si effettui per via dell'iscrizione: e lasciando da parte tal qualifica, onde verrebbe all'*iscrizione* un carattere di accessorietà che non ha, rimane il concetto che il momento dell'iscrizione (*costituzione dell'ipoteca*) ha nel primo, ch'è la *creazione*, la sua determinazion causale: e perchè questo ha generato l'acquisto del diritto, così, per *fissarlo con la forma* stabilita all'uopo, ben la facoltà di procedervi può essere riconosciuta a persone non capaci. La *volontà* diretta alla creazione del rapporto, è cioè contenuta già in atti, che, per la forma loro, ne garantiscono l'esistenza e la serietà, e s'intende come alla concession seguìta per via di essi inerisca il consenso del concedente di eseguire le formalità inducenti la *costituzione* effettiva del rapporto creato: la qual attuazione di forma, onde il diritto è fissato, è poi còmpito di un pubblico ufficiale cui l'interessato deve rivolgere l'opportuna instanza.

---

(1) Colmet de Santerre, op. e l. cit.

Digitized by Google

227. Quest'ultima considerazione intorno al *come* la costituzion dell'ipoteca si compie, mentre avvalora grandemente la teoria esposta sulla funzione che il secondo momento dell'esistenza del rapporto ha rispetto al primo, consente di determinar meglio il risultato ottenuto intorno la *capacità* che gl'interessati debbono avere per procedervi: l'azion loro si riduce, di regola, ad eccitare l'intervento del pubblico ufficiale, affinchè, in virtù dell'atto contenente la *creazione* dell'ipoteca, proceda alla formalità occorrente per *costituirla:* e perciò si ristringe alla *presentazione* di tale atto, che s'eseguisce unendovi la richiesta redatta in doppio originale (*note d' iscrizione*). Ora, se « *l'istanza* » dell'interessato ha il fine di eccitare l'azion del funzionario, e se la *costituzione* del rapporto è atto che quest'ultimo compie, finchè la *richiesta* sia puramente e semplicemente tale non contiene un *fatto giuridico* pel quale si debbano osservare le regole generali statuite in materia di capacità: ancor chi non fosse capace di atti di semplice amministrazione può ben compiere la « *presentazione* » dell'atto creativo d' ipoteca, affinchè con l'iscrizione sia effettuata dal pubblico ufficiale la costituzion del rapporto.

E la legge così espressamente ordina, dove regola l'iscrizione dell'ipoteca legale conceduta ai minori ed agli interdetti (1), ed alla donna maritata (2), abilitando queste persone a richiederla. Vero è, che argomentando da tal ordinamento suo, si potrebbe dubitare se

---

(1) C. civ., a. 1983 in f.

(2) Cod. civ., a. 1982 in f. La dichiarazion della legge è fatta qui coi medesimi concetti ond'è inspirata la dottrina dominante, che restringe lo scopo e la portata dell'iscrizione solo di fronte ai terzi: onde parrebbe non solida la costruzione difesa, attribuente virtù a tal forma pure in rispetto alle parti. E ciò non parrà vero a chi pensi che sebbene l'iscrizione non sia qui detta atto *conservativo* in rapporto ai terzi, vien detta tale rimpetto a chiunque; e perchè sembra che i due termini d'iscrizione *atto costitutivo*, e iscrizione *atto conservativo* debbansi elidere, s'è descritta la funzione costitutiva dell'iscrizione qual fatto giuridico non distinto, ma connettentesi all'atto creativo, al momento cioè della creazione, qual punto in cui l'effetto giuridico di questa si conferma. Insomma, nella costruzione esistono i medesimi termini che nell'ordinamento germanico separano il titolo dall'iscrizione: ma quest'ultimo momento vien considerato, in armonia alla legge patria, non come fatto distinto, sibbene qual termine connesso al primo a ragion di causalità, e che n'è la *continuazione*: il momento cioè in cui questo si fissa, si conferma.

Qual complemento dei §§ cit. del Cod. civ. germ. sul « contratto reale » v. la L. 24 marzo 1897 sui libri fondiari (*Grundbuch Ordnung*), §§ 13 *al.*, 19, 20.

Digitized by Google

sia corretta la dottrina esposta, affermante qual concetto generale una disposizione relativa a speciali figure d'ipoteca; tanto più, che potendosi giustificare questa norma per via di considerazioni tratte dalla condizion delle persone cui si riferisce, parrebbe non esatto il generalizzare una capacità specialmente ordinata, adattandola sempre all'*iscrizione dell'ipoteca*, qualunque sia la causa onde questa trae origine. Obbiezione di poca entità: non è che si voglia estendere (nè l'interprete avrebbe diritto di farlo) una capacità specialmente statuita, perchè mancando nella « *semplice richiesta* » il fatto giuridico, non può essere questione di capacità a compierlo valevolmente: la legge dunque non concede, come fosse eccezione alla norma generale sull'incapacità dei minori, degli interdetti, e della donna maritata, una capacità particolare a queste persone, ma applica ad un caso speciale un concetto generale inerente alla struttura stessa della *richiesta d'iscrizione o costituzione dell'ipoteca.*

228. Fin qui, la risoluzione accolta in tema di capacità s'accorda alla dottrina generalmente insegnata (1), sebbene assai diversa sia la ragion di costruire, che per quest'ultima si rinserra tutta nella considerazione dell'*atto conservativo*, qual sarebbe l'*iscrizione*: ma l'indagine fatta intorno al definire in qual modo il momento della costituzion dell'ipoteca abbia rispetto al primo, volto a crearla, una funzione « conservativa » o « consumativa », suggerisce per necessità logica un'eccezione non avvertita dalla dottrina. E si riferisce al caso in cui la richiesta non *corrisponda* interamente all'atto creativo, perchè non inducendo essa allora la semplice « *presentazione* » di questo atto, ma *integrandolo* o *modificandolo*, è necessario si mantengano per la sua validità i termini di capacità occorrenti per l'atto creativo: l'atto di presentazione, le *note* in cui si contiene, hanno cioè elementi che sarebbero proprî della *creazione* del rapporto, e perciò non si possono più considerare come semplice « *esecuzione* » o « *confermazione* » di essa. La qual integrazione avviene (e di ciò si dirà in seguito) quando nell'atto creativo fosse indicata la ragion del credito garantito, ma non ne fosse determinata l'entità: validamente, nonostante il silenzio dell'atto su questo punto, si può indicare nella « *richiesta dell'iscri-*

(1) V. il pres. cap. in pr.

Digitized by Google

zione » il *valore* pel quale si chiede l'ipoteca, e non par dubbio che la designazione così fatta, determinante la *quantità* cui si riferisce l'alienazion del valore, induca meglio d'un semplice atto di esecuzione (*atto consuntivo*), il completamento dell'atto creativo. Vi è cioè l'esecuzione: ma determinando a *qual valore* questa sia diretta, si *fissa l'oggetto preciso* ch'è nell'onere, il *quantum* del valore della cosa, non dichiarato nell'atto creativo: tal determinazione può derivare da una semplice constatazione di fatto, e può anche aver origine (e il più delle volte avverrà così) da un apprezzamento: la cui efficacia dipende dalla possibilità del soggetto di volere giuridicamente. La capacità di chi domanda l'iscrizione in tali termini, è allora quella occorrente a poter disporre delle cose proprie: potendo quell'apprezzamento svolgersi, per errore di giudizio, a danno del richiedente.

229. Parimenti avvien del caso di non corrispondenza del valore garantito, com'è fissato nell'atto creativo dell'ipoteca, al valore qual è determinato nella richiesta dell'iscrizione: se in quest'atto (*costituzione* del rapporto) sia esso minore di quanto apparisce in quell'altro, e della diminuzione non consti per via di atti anteriori validamente compiuti. Nel fatto v'è il pericolo che il richiedente o voglia donare, o procedere ad altri atti non consentiti dalla sua capacità generale: e la possibilità di chiedere la costituzion dell'ipoteca, dipenderebbe dalla capacità necessaria a poter disporre del patrimonio.

230. Delle persone cui spetta il diritto di domandare con l'« *iscrizione* » la costituzion dell'ipoteca, vien primo il *creditore* al quale l'onere è stato concesso: egli, soggetto del rapporto di sicurtà, ha il maggior interesse giuridico acciò questo esista con la caratteristica della realità che gli è propria, ed esista constituito a suo nome, perchè, secondo si dirà in seguito, la forma della costituzione è tale che il rapporto non figura principalmente in relazione alla condizion giuridica del diritto onerato, bensì alla *persona cui spetta*. E il creditore può chiedere l'iscrizione personalmente, o per via di rappresentante, ch'è il modo col quale vien per ordinario domandata nell'interesse di *persone incapaci* (rappresentanza di minori, o d'interdetti, o d'inabilitati) o delle persone giuridiche: anche il gestor di affari può domandarla pel *dominus ne-*

Digitized by Google

gotii, o che la domanda sia conseguenza dell' affare intrapreso, o che la gestione si riferisca unicamente ad essa, e soltanto a fin di costituire la sicurtà. La qual figura occorre più volte nei casi decisi dalla giurisprudenza, e specialmente nell'ipotesi di emission d'obbligazioni per effetto di negozio concluso con una persona giuridica (per es. un Comune), che sia garantito da ipoteca: l'ente può instare nell' interesse dei futuri sottoscrittori-creditori, acciò sia inscritta l'ipoteca consentita (1): così avviene pur nel caso d'ipoteca spettante ad una società, potendo un socio, sebbene non amministratore, instare al compimento di un atto che interessa lui perchè interessa la società di cui è parte, e ch'è diretto a costituire il rapporto creato. Nè altrimenti ricorre nell'ipotesi del notaio che abbia ricevuto l'atto creativo dell' ipoteca, e senza averne mandato speciale provveda qual gestore di affari all'iscrizione del vincolo consentito (2); ma in questo, e negli altri casi or descritti come sviluppanti la figura della gestion di affari, la relazione giuridica tra il *dominus* ed il gestore potrà sorgere quando concorrano gli estremi a ciò necessari: in difetto, al *dominus* non incomberanno le obbligazioni che altrimenti per effetto della gestione utile avrebbe dovuto sopportare, e potrà ancor costringere l' agente a restituire le *cose* in pristino, e provvedere a sue spese alla cancellazion dell'ipoteca.

Se all'iscrizione si proceda in virtù di mandato ricevuto a tal fine, non necessita che il mandatario presenti l'atto dal quale deduce il suo officio: il mandato ad iscrivere l'ipoteca non deve risultare da scrittura, non includendo esso facoltà veruna di disposizione, nè essendo d' altra parte necessaria la scrittura qual mezzo di prova: qui l'opera del mandatario si ristringe ad *eccitare* l'in-

---

(1) Cons. App. Aix 8 apr. 1878 (*J. du P.* 1879, 248); e Labbé, in n.: Sulla validità dell'iscrizione chiesta così dalla società debitrice a vantaggio dei titolari delle obbligazioni emesse, cons. Cass. fr. 20 ott. 1897 (*ib.*, 1897, I, 489); Labbé, l. cit.; Pont, op. cit., II, 936; Gillard, op. cit., 221, 226; Wahl, *Titr. au porteur* (Paris, 1892), I, 548 e segg.

(2) S'intende che l'aver ricevuto l'atto creativo dell'ipoteca non obbliga il notaio a curarne l'iscrizione; può procedervi come mandatario o qual gestore di affari (Aubry et Rau, op. cit., II, § 270; Laurent, op. cit., XXVII, 361 e segg.), e in tal qualità ne viene misurata la responsabilità. Cons. App. Montpellier, 30 giugno 1890 (Dall. *pér.*, 1891, 2, 181). Sulla facoltà del notaio ricevente, v. L. germ. cit., § 18.

Digitized by Google

tervento del pubblico ufficiale, affinchè eseguisca la *forma* occorrente alla *costituzion* del rapporto (1).

231. E può avvenire, che, indipendentemente da ogni figura dove si contenga rappresentanza a fin di procedere all'iscrizione, questa, sebben tolta a favore dell'*instante*, profitti ad altri interessati che nell'iscrizione non figurano: e ciò segue per effetto della posizione in cui questi si trovino nel rapporto di credito garantito, onde l'atto di uno tra essi debba ritenersi come esistente in rispetto agli altri titolari. È questa relazione, questo interesse, e non la rappresentanza, che induce l'estensione avvertita; se l'usufruttuario di un credito garantito da ipoteca avesse curato l'iscrizione non a nome suo e del titolare, o del titolare (non essendo allor dubbio che valga anche per lui l'onere così costituito, per essere il suo un diritto sul diritto altrui), sibbene a nome suo soltanto, la costituzione profitterà anche al titolare, quantunque non ricordato nell'iscrizione. Si decide generalmente in senso opposto (2), eccezion fatta pel caso che in qualche modo sia ricordato nell'iscrizione il nome del titolare: ma parrebbe miglior consiglio questo qui accolto (3), pensando che non occorre tale indicazione, dove apparisca chiaramente la specificazion del credito, la qualità dell'usufruttuario ed il titolo constatante il diritto suo: dalle quali notizie, sebbene l'iscrizione sia chiesta ed effettuata a nome del solo usufruttuario, nettamente può scorgere chiunque v'abbia interesse, che la sicurtà è tolta a favore del *credito* sul quale esiste il diritto di usufrutto. Certo, se dal tenore dell'iscrizione effettuata non risulti in modo indubbio che la sicurtà si riferisce al *credito*, attalchè possa parere sia essa conceduta a garanzia particolare del *diritto di usu-*

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. e l. cit.; Troplong, op. cit., 673; Pont, op cit., II, 935; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1620 in f. L'iscrizione fatta a nome del mandatario varrà pel mandante, se rispetto a lui l'enunciazione dei termini riferentisi all'obbligazione garantita non lasci dubbio. Cons. Labbé, l. cit., in n.; e Wahl, op. e l. cit.

(2) Aubry et Rau, op. cit.,; Troplong, op. cit., III, 675; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1619.

(3) Cons. Proudhon, *Tr. de dr. d'usufr., usage et habilit.* (III° éd.) II, 1038. Egualmente si dovrebbe decidere pel caso d'ipoteca in sicurtà di una rendita vitalizia, riversibile in altri dopo la morte del creditore che insta per l'iscrizione: questa profitterà al terzo, se la riversibilità a suo vantaggio vi sia indicata. Cfr. gli Aut. cit. nella n. 1, op. e l. cit.

Digitized by Google

frutto del credito stesso, la risoluzione qui accolta non terrà: altrimenti, l'indicazion del credito, del titolo onde l'usufrutto ha origine, sono elementi sufficienti a costituire l'ipoteca a favor del credito per sè, e quindi del nudo titolare.

Nè diversamente avvien del caso che l'ipoteca vôlta a garantire un credito contenuto in un patrimonio ereditario, o comune a più persone, sia tolta da un solo dei concreditori (1), purchè s'indichi nettamente il titolo che dimostri il fatto giuridico della comunione: ancor qui, senza ricorrere al concetto di rappresentanza per via della *gestione,* il rapporto esistente della comunione dichiara, come l'atto *conservativo* della cosa comune compiuto da un compartecipante valga per tutti gli altri: par difatti compiuto relativamente all'*oggetto* per sè, ed in virtù quindi di un diritto non proprio al solo instante. Quando invece l'iscrizione dimostrasse che questi intese di restringerla alla «quota» del diritto suo sulla cosa comune, l'effetto della costituzion seguita, non riferendosi all'*oggetto* della comunione, non può estendersi a tutti gli interessati: qui, non il difetto di rappresentanza, ma l'essersi voluto dall'instante individuare, specializzare, l'*oggetto* del suo diritto, limita all'entità di questo la costituzion dell'ipoteca, ch'esisterà perciò rispetto al solo interessato.

E se la decisione data è proposta pel caso d'ipoteca relativa ad un diritto di obbligazione spettante a più in comune, più valida è quando gli interessati sian creditori solidali: certo, dove s'ammetta che nel rapporto della solidarietà esiste tra i titolari come un vincolo mutuo di rappresentanza, la difficoltà sarebbe vinta senz'altro, osservando che la costituzion dell'ipoteca, sebbene fatta a nome di un solo creditore, val per tutti: ma senza ricorrere a tal concetto, l'unicità obbiettiva del credito, ch'è una caratteristica della solidarietà, spiega come l'atto compiuto sull'*oggetto unico* del rapporto debba riferirsi a quanti su di esso hanno interesse giuridico immediato. E perchè qui l'*oggetto* del credito è unico, l'iscrizione tolta sulla parte che proporzionatamente spetterebbe al creditore instante, val per tutti: finchè l'obbligazione solidale esiste, non vi è parte che sia propria ad ognuno dei creditori: l'oggetto è *unico* rispetto a tutti.

(1) Cfr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., l. cit.; e gli Aut. cit. nella n. 1 a p. pr., argomentanti in genere dal concetto che dell'iscrizione profittino soltanto le persone a cui nome sia richiesta.

Digitized by Google

232. Si è avvertito di già, come l'ipoteca ben possa garantire l'obbligazione esistente con la forma del « *titolo all'ordine* », o con l'altra del « *titolo al portatore* ». Nel primo caso, niuna difficoltà occorre rispetto all'iscrizione, che dev'essere tolta a nome del primo creditore e, secondo avviene della cession del credito (1), s'intende che il rapporto così constituito varrà anche pei successivi titolari cui il il credito sia pervenuto per via della girata; nel secondo caso poi, l'ipoteca dovrà essere inscritta non a nome di alcuno, perchè *chi sia* il creditore si saprà soltanto pel *fatto* della presentazione del titolo alla scadenza, ma in modo affatto impersonale, e cioè a favore del portatore del titolo (2). L'ipoteca accede al *titolo*, il qual esiste validamente con la forma che gli è caratteristica: essa appartien *a chi* è creditore dell'obbligazione, e nel modo ch'è creditore: or siccome creditore è il « *portatore* », impersonalmente dovrà essere effettuata l'iscrizion dell'ipoteca. Certo, quando s'accogliesse la teoria che costruisce l'entità giuridica del titolo al portatore come « *atto unilaterale* » di volontà vôlta a costituire l'obbligazione, vincendo così i dubbî che sorgono dal considerare che la *forma* suppon di necessità uno scambio preesistente di volontà, e che l'obbligazione contenuta nel titolo esiste contro l'emittente non appena egli abbia consegnato (emesso) il *titolo* per cui il suo vincolo assume consistenza materiale, concreta; e più ancora, quando, accogliendo la teoria della « *creazione* », nel senso che il titolo esiste come tale appena *creato* dall'emittente capace, la costruzion si consolidi osservando che il « creatore del titolo » è tale, quasi contrattando con sè stesso, e rappresentando perciò il *futuro* creditore: si potrebbe allor asserire, che l'iscrizione può venir effettuata a nome del medesimo *creatore del titolo*, nell'interesse di chi si dimostrerà in seguito creditore del titolo creato.

233. Gli eredi del creditore hanno facoltà di domandare l'iscri-

---

(1) Cons. Cass. fr. 20 ott. 1897 (*J. du P.*, 1897, I, 489); Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1614, 1620; Gillard, op. cit., n. 247; Wahl, op. cit., I, 549. Cfr. Guillouard, op. cit., II, 1004.

È iscrizione a favor di persona indeterminata quella che vien fatta a favor del *pubblico*, per la cauzione del conservator delle ipoteche: Testo un., 13 sett. 1894, a. 28.

(2) Su q. teorie v. Chironi, mon. cit., sul titolo al portatore.

Digitized by Google

zione a nome loro pel fatto giuridico della successione (1) che li rende continuatori della persona giuridico-patrimoniale del defunto (quando ciò non avvenga limitatamente per effetto del benefizio d'inventario), oppur a nome di quest'ultimo: del patrimonio ereditario l'ipoteca è parte, e quando essa sia validamente constituita, non occorre che delle successive modificazioni soggettive nella relazion di credito cui accede, si tenga conto nell'iscrizione: l'onere creato non è offeso nell'entità sua da queste mutazioni successive, ed osservate che siano le forme occorrenti ad effettuarle, segue il credito presso il nuovo titolare. Del qual ordinamento si terrà discorso più innanzi; certo, se risponde alla relazione ch'è tra l'ipoteca ed il credito garantito, non soddisfa a quel bisogno di *pubblicità* ch'è tra le caratteristiche del diritto ipotecario odierno.

Alla risoluzione or accolta, per cui gli eredi del creditore hanno facoltà di far inscrivere l'ipoteca a nome proprio, entrato com'è nel loro patrimonio il credito con l'ipoteca che vi accede, oppur a nome del loro autore, le cui ragioni giuridico patrimoniali nella lor persona continuano, par s'opponga la disposizion della legge ordinante che l'iscrizione segua *pure* contro gli eredi, quando da *tre mesi* gl'immobili ipotecati appaiano ad essi intestati nei registri censuarî (2). Ma non s'avverte così, che il fondamento della legge non permette si possa estenderla per analogia al caso qui discusso: esistendo l'indicazion dell'onere secondo l'ordinamento ipotecario, non rispetto alla *cosa*, sibbene alla *persona*, s'è voluto coordinarvi la regola concernente la *costituzione* del rapporto, esigendo che l'iscrizione segua contro chi nel momento in cui vi si procede apparisce dai registri censuarî *titolare* dell'immobile onerato: e in pari tempo, a fin di coordinare la formalità della *costituzione* all'atto creativo

(1) Si decide d'ordinario che l'interesse comune dei vari compartecipanti induca la necessità che l'iscrizione *prima della divisione* sia tolta a nome del defunto; ma che, effettuato quest'atto, cessi l'esposta ragion di decidere, e la domanda debba esser fatta a nome dell'erede cui il credito spetta. Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 270; Pont, op. cit., 931, 963; Thézard, op. cit., 141; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1610. Cons. pure Laurent, op. cit., XXXI, 46 rispetto alla prima delle due questioni or descritte. La decisione è dedotta nel testo dal modo di considerare l'esistenza del diritto nell'autore, e la trasmissione seguitane nei successori, per concludere che indifferentemente si può togliere l'iscrizione a nome dell'uno o degli altri.

(2) Cod. civ. a. 1996. La ragion della legge non consente dunque che s'estendano per analogia le sue disposizioni.

Digitized by Google

dell'onere, s'è richiesto che l'iscrizione s'effettui pure contro l'obbligato o chi altri *l'abbia consentito* (1).

Se le ragioni esposte non lasciano dubbio che l'ipoteca si possa iscrivere anche a nome dei soli *eredi* del creditore, non par si debba ciò ammettere quando l'eredità sia stata accettata con benefizio d'inventario: la non confusione dei patrimoni toglie in questo caso l'esposta ragion di decidere, non potendosi più asserire che il *credito* cui l'ipoteca s'unisce sia pel fatto giuridico della successione entrato nel patrimonio dell'erede.

234. Invece, la stessa ragion di costruire governa il caso di credito trasmesso per via di legato, onde il potere del legatario d'iscrivere l'ipoteca accedente al credito, a nome del suo autore, oppure a nome proprio. Nè altrimenti dev'essere risolta la questione intorno la facoltà del cessionario del credito d'iscrivere l'ipoteca che lo garantisce, a nome suo oppur a nome del cedente: potrà egli procedervi nella maniera che vuole: a nome dell'autore, perchè il *diritto a far iscrivere l'ipoteca* era già nel patrimonio del cedente, e se fosse stata inscritta a suo nome, la successiva mutazion del creditore non avrebbe richiesto cangiamento nell'iscrizione: a nome proprio, perchè il credito gli appartiene, e perciò anche l'ipoteca che v'è unita. Nè rispetto al potersi eseguire l'iscrizione a nome del cedente, fa difficoltà che siano state osservate le forme occorrenti a render la cessione valida di fronte ai terzi, non togliendo esse virtù alla considerazione or fatta, che l'ipoteca costituita a nome del cedente profitta senz'altra variazione al cessionario, accedendo la sicurtà al credito ch'era già nel patrimonio del cedente (2): e rispetto al potersi far l'iscrizione a nome del cessionario, non importa che quelle formalità non siano state eseguite, riferendosi esse all'efficacia della cessione di fronte ai terzi interessati (3).

In egual condizione del cessionario si trova il creditore cui sia stata fatta la delegazion di credito garantito da ipoteca non ancora iscritta, quando egli l'abbia accettata: se prima dell'accettazione può

(1) C. civ., a. cit.

(2) Duranton, op. cit., XX, 95; Aubry et Rau, op. cit., § 270; Laurent, op. cit., XXXI, 8; Martou, op. cit., III, 1052; Troplong, op. cit., I, 365; Pont, op. cit., II, 931; Thèzard, op. cit., 141; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1610.

(3) V. gli Aut. cit. nella n. preced.

Digitized by Google

richiedere sia iscritta a nome solo del delegante, dopo ha invece facoltà di domandarla a nome del delegante od al suo proprio (1). Alla qual decisione si deve aggiungere, che l'instanza fatta perchè l'ipoteca sia iscritta a nome proprio contien per sè l'accettazione (2), non potendosi spiegare il fatto se non come volontà di accettare: vero, che la contraria volontà espressa infirmerebbe al tutto questa supposizione, e in tal caso l'iscrizione sarebbe effettuata invalidamente. Si potrebbe pur dubitare, se l'instanza descritta induca la presunzione che il delegatario abbia inteso di liberare il delegante: ma dove si pensi che questa nuova interpretazion di volere, derogando al principio che la semplice delega non val pagamento, conterrebbe la rinunzia ad un diritto, non par nè sicuro, nè corretto attribuire alla richiesta tale virtù (3).

235. Nè presenta difficoltà la question del diritto che i creditori abbiano d'iscrivere a nome proprio, oppur a nome del debitore, l'ipoteca creata a garantire un credito che a questo spetti: d'iscriverla in quest'ultimo modo hanno ben facoltà, perchè il patrimonio dell'obbligato è ad essi sicurtà generale (4), ed a fin di conservarla possono far quegli atti che il debitore ha diritto di compiere, quando non si tratti di rapporti a lui strettamente personali (5): operando così quali aventi causa dell'obbligato, fanno ciò ch'egli potrebbe fare, e nell'azione che dal suo diritto si svolge non potrebbero moversi se non a nome suo. L'atto ch'essi compiono non è cioè il loro, bensì del *patrimonio* dell'obbligato: e però l'iscrizione fatta a nome proprio mancherebbe di validità, a meno che nel modo di effettuarla non vi comparisse insieme la *qualità* fatta valere nel

(1) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Troplong, op. cit, I, 368 e segg.; Martou, op. cit., III, 1053; Pont, op. cit., II, 931; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1618.

(2) Si dice d'ordinario che l'accettazione deve precedere, essendone la richiesta il risultato: cons. Troplong, op. cit., I, 368; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. e l. cit.; ma nulla vieta di riscontrar nella domanda la volontà di accettare, nè vi è contraddizione dicendo che questa l'esprime, la contiene.

(3) Nè inducendo novazione (la delegazione sarebbe allora perfetta), nè assunzion di debito.

(4) Duranton, op. cit., XX, 10; Aubry et Rau, op. e l. cit.; Martou, op. cit., III, 1054; Pont, op. cit., II, 932; Baudry-Lacantinerie et de Loynes; op. cit., II, 1616.

(5) C. civ., a. 1234.

Digitized by Google

domandarla, così da poterla riferire all'obbligato: in quest'ultimo caso, l'istanza fatta non impedisce che nell' iscrizione si vegga il nome ed il diritto di chi è il titolare del credito e della sicurtà, onde la validità dell'atto seguìto (1).

Ma se tal qualità non fosse indicata, e se in alcun modo non fosse possibile di riferire l'iscrizione effettuata al creditore titolare del credito e dell'ipoteca congiuntavi, sarebbero invalide la richiesta e l'iscrizione per carenza di diritto nel richiedente. Altrimenti par si debba decidere, pel caso che il creditore proceda all' iscrizione non facendo valere il diritto del debitore, bensì un diritto proprio, come avverrebbe se l'azion sua derivasse dall' esercizio della pauliana, o dalla revoca contro la rinunzia del debitore ad acquistare per successione: qui difatti il creditore agisce per sè, specialmente dove si ritenga che il profitto dell' azione esercitata sia devoluto interamente a suo vantaggio: e tal posizion giuridica sembrerebbe poi ancor più netta nel caso di separazione del patrimonio ereditario da quello dell'erede, essendo certo che di tal benefizio s'avvantaggiano soltanto quelli tra i creditori che l'abbian chiesto. Nelle ipotesi or descritte, se a fin di costituire l'ipoteca annessa ad un credito il creditore chiedesse l'iscrizione a suo nome, farebbe dunque atto permessogli dalla condizion sua: tuttavia, quando si pensi che se a quegli atti può procedere esperimentando un diritto suo, pure il risultato è di *mantenere nel patrimonio del debitore* il diritto cui si riferiscono, parrà miglior consiglio questo di affermare, che l'iscrizione del credito debba essere sempre chiesta e fatta a nome del *debitore*, cui appartien col credito l'ipoteca che v'accede.

236. Alla questione or discussa sul diritto dei creditori di far iscrivere l' ipoteca di un credito spettante al debitore, si connette la *possibilità* di *ratificar* l'iscrizione non validamente effettuata a nome loro, valutando in tal modo l'atto come fosse di rappresentante. Ma qui sorge una grave difficoltà ch'eccede dai termini della speciale question proposta, riferendosi alla *forma* ordinata perchè l'iscrizione sia valevole, al ricercare cioè se il difetto nell'osservarla renda l'atto inesistente oppure annullabile: del quale argomento si dirà in seguito, dopo la dichiarazione degli elementi che occorrono a *costituire* l'ipoteca.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. e l. cit.

Digitized by Google

237. Può avvenire che un creditore faccia iscrivere l'ipoteca, per la sola parte di valore corrispondente al suo credito: l'iscrizione validamente seguita, ha effetto sebben così limitata, rispetto *agli altri creditori*, perchè riferendosi ad un rapporto patrimoniale dell' obbligato, è garanzia comune a tutti: nè un creditore può asserirsene una parte, separandola a profitto speciale suo (1).

238. S'è già detto, e la costruzione sarà in seguito sottoposta a nuova indagine, che la ragion dell'ipoteca consente al titolare di *alienarla* indipendentemente dal credito, perchè costituita che sia, esiste qual rapporto avente ad oggetto *un certo valore* di *una certa cosa*; e per tal verso si presenterebbe come relazion distinta, a sè, riferendosi ad *un certo credito* in quanto è stata creata e costituita a fin di garanzia. Ora, questa entità reale del rapporto, e l'accedere di esso ad una determinata relazion di credito che al titolare dei due rapporti dà diritto in *due maniere all' identico valore*, così, che soddisfatto nell'una non abbia potere di averlo con l'altra, perchè altrimenti esigerebbe due volte ciò che gli è dovuto una volta soltanto, induce tal conseguenza: che il titolare può cedere il solo rapporto reale. Ma, o perchè questo, stante la *realità sua*, assume rimpetto al personale un'importanza giuridica superiore (2), oppure (e la costruzion parrebbe così più solida) perchè l'indipendenza giuridica di quelle due *maniere* dev'essere accordata alla considerazione dell'*identico* valore cui tendono, la cessione dell' ipoteca paralizza ogni ulteriore disposizion del diritto di obbligazione (3): e siccome, per la natura dell'ipoteca, un credito da garantire occorre all'esistenza sua, è necessario che, separata da quello originario, ad altro sia fatta accedere. Ciò posto, il cessionario dell'ipoteca a nome di chi dovrà iscriverla, se all'iscrizione non s'è ancor provveduto? Potrà, come il cessionario del credito, iscriverla a nome del creditore cedente, od anche a nome proprio?

La difficoltà parrebbe di già risoluta dalla disposizione che la legge ha in materia di cession di credito garantito da ipoteca, dov' è

(1) Cons. e cfr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1617. Ma certo è, che l'iscrizione tolta così, non conserva l'*intero* diritto ipotecario del debitore; nè vale s'argomenti dall' indivisibilità dell' ipoteca, perchè l' iscrizione dà la *misura* della costituzion dell'onere.

(2) Intorno la natura del suppegno, v. il vol. I, pag. 493 e segg.

(3) V. la n. preced.

Digitized by Google

detto (1) che il cessionario non deve provvedere a nuova iscrizione, ed ha soltanto facoltà di far *annotare* l'atto onde il suo diritto è nato. E s' intende che così debba essere, perchè l'ipoteca segue il credito, e la mutazione avvenuta rispetto a quest'ultimo trasporta pur la sicurtà nel nuovo titolare, senza bisogno di nuova forma che ciò manifesti: l'osservanza delle forme richieste affinchè il trasferimento del credito esista rispetto ai varî interessati, estende senz'altro al rapporto *accessorio* la mutazion seguita pel principale. Ma s' intenderà perciò la molta e profonda differenza che separa questa dall'ipotesi descritta dal suppegno, dove non s'ha mutazione rispetto al rapporto principale, bensì per l'accessorio considerato com'esistente a sè: il suppegno, secondo s'è detto (2) e si ricercherà ancora in seguito, grava sul *pegno*, ossia sull'ipoteca, nel senso che il *valor della cosa contenuta in questa*, vien per esso attribuita al nuovo credito, *sempre entro i limiti della sua esistenza originaria*, perchè il *valore* ch' era *in essa alla sua origine*, *non muta*: quindi, siccome nel suppegno non vi è cessione, e il creditore suppignoratizio non è creditore cessionario, si scorge di leggieri la necessità che all'*ipoteca originaria* sia data esistenza separata qual oggetto del nuovo rapporto reale di suppegno, e sia perciò iscritta (*costituita*) a nome del creditore che n'è il titolare. In pari tempo, il creditore suppignoratizio dovrebbe render pubblico il rapporto di suppegno, e l'*iscrizione* potrebbe a ciò prestarsi agevolmente: ma a fin di evitare il dubbio derivante dalla disposizion della legge rispetto alle cose che d'ipoteca son suscettibili, e che non dice della possibilità di costituire « *ipoteca su ipoteca* », par meglio argomentare dall'entità del *suppegno* (3), dove se non *cessione vera*, vi è cession del *valore* ch'è nell'ipoteca, a fin di garanzia: basterà quindi l'*annotazione*. Della quale, se sia *obbligatoria* o *facoltativa*, si dirà in seguito: obbligatoria parrebbe, perchè non v'è altro modo di rendere pubblica questa *cessione speciale* della garanzia ipotecaria ch'è il suppegno: ma si vedrà come si debba costruire altrimenti, coordinando l'entità dell'istituto all'ordinamento sull'*annotazione*, ch' è per ordinario facoltativa.

---

(1) C. civ. a. 2011.
(2) V. il rinvio nella n. 1.
(3) V. q. § in pr.

Digitized by Google

239. S'è detto fin qui dell'iscrizione domandata dal « *titolare* » del rapporto, direttamente, o per via di rappresentante. A compiere il discorso, convien si dica ora dell' iscrizione che rispetto a due maniere d' ipoteca legale *può essere fatta*, o *dev'essere fatta*, da certe persone, e cioè dell'ipoteca legale statuita a favor dei minori e degli interdetti, e della donna maritata: nei quali casi, il criterio attorno al quale è costruito l' ordinamento della legge è l' entità stessa dell' iscrizione, coordinata a quel fin di protezione onde s'è svolta la figura dell'ipoteca legale specialmente concessa. Difatti, da un lato s'ha il concetto dell'iscrizione ch'è formalità compiuta da un pubblico ufficiale, cosicchè la *domanda* dell'interessato è vôlta ad eccitare il compimento di quest'atto, che dev'essere effettuato in quei modi che la legge statuisce a garanzia del titolare del diritto, e del pubblico: perciò, la domanda d'iscrizione, pur essendo diretta alla *costituzione* del rapporto, può essere considerata qual atto *conservativo* del diritto all'ipoteca, e ben s'intende così la possibilità che sia fatta da persone *incapaci*; d'altra parte, si connette a tal considerazione il fine dell' ipoteca legale, ch'è provvedimento a favor di certe persone, per la condizion loro, o per l'estimazione del credito, e s' intende la *facoltà* data ad alcuni ordini di persone di poter instare per l'iscrizione, e l'*obbligo* di richiederla imposto ad altre, o per la posizion loro rispetto al titolare, o pel ministero pubblico ch'esercitano.

240. Al potere riconosciuto negl' incapaci s'è già accennato nella ricerca fatta intorno al carattere che ha l'*istanza* per l'iscrizione(1): qui basterà si ricordi, ch' espressamente è data ai *minori*, agli *interdetti* ed alla *donna maritata* (sebbene assai profonda, per la ragion sua e per l'estensione, sia la differenza che separa dalle altre quest' ultima figura d' incapacità) la facoltà di chiedere sia iscritta l'ipoteca legale che a lor vantaggio è ordinata, senza bisogno di assistenza o di autorizzazione (2); e, argomentando dalla caratteristica propria dell'istanza, par che non soltanto in questi due casi, ma in qualunque altro sia un incapace il titolare del diritto d'ipoteca, possa egli domandare l'iscrizione.

Dove necessariamente tal interpretazione estensiva si ferma, è nel designare che la legge fa di talune persone cui vien data fa-

(1) C. civ., a. 1982 in f.; 1983 in f.
(2) C. civ., a. 1983.

Digitized by Google

coltà, od è imposto l'obbligo, di domandar l'iscrizione dell'ipoteca conceduta ai minori ed alle donne maritate: perchè questa parte dell'ordinamento ha la sua ragion di essere in quel fine di protezione ch'è la causa dell'ipoteca, del *privilegio* che con tal forma è provveduto. Per alcuna delle *persone* cui la *facoltà* descritta è data, è applicato, a dir vero, il concetto comune della gestion di affari: così, quando dell'ipoteca spettante al minore ed all'interdetto s'ordina che possano chiederne l'iscrizione i *parenti* degli incapaci (1), e dell'ipoteca conceduta alla donna maritata, egual facoltà si dà a chi ha costituito la dote; la legge non conferisce a queste persone il carattere di *mandatarî* per lo speciale oggetto dell'istanza d'iscrizione, e riconosce l'utilità della gestione che compiono promovendo la *costituzione* dell'ipoteca legale attribuita agl'interessati. Il fine cioè dell'istituto, ch'è la protezion concessa ai minori, agl'interdetti ed alla donna maritata, è pur fondamento di questa parte dell'ordinamento legale, ma la figura che ne vien determinata non è nuova, speciale: essa è la gestion di affari: e soltanto vien accertata rispetto a certe *persone* l'*utilità* del loro intervento, a causa del giusto ed affettuoso interesse che si presume le abbia spinte ad agire.

241. Ma di questa figura (gest. di affari) non può essere traccia nell'officio dato al pubblico ministero presso il Tribunale, oltrechè di sorvegliare perchè chi ne ha obbligo domandi sia iscritta l'ipoteca legale dei minori, degli interdetti e della donna maritata, di curarne direttamente l'iscrizione: la protezion che la legge spiegò a favore di queste persone, s'addimostra pure in quest'ultima sollecitudine. Non speciale del resto, dacchè in più luoghi e modi la legge dà all'autorità giudiziaria il còmpito di rendere efficace la tutela che la società deve agli incapaci: e qui, nel timore che gli obbligati ad iscrivere l'ipoteca non adempissero al dover loro, e che la semplice sorveglianza riescisse infruttuosa, con danno dei titolari del diritto, ed inutilità della protezione che s'ebbe per essi, si dette al magistrato la facoltà di richieder egli l'iscrizione. Facoltà, non obbligo: infatti l'autorità deve vigilare anzitutto che il privato compia al dovere impostogli, non sostituirsi all'inerzia sua.

---

(1) C. civ., a. 1982.

Digitized by Google

242. L'obbligazion di richiedere sia iscritta l'ipoteca legale spettante alla donna maritata, è imposta al marito per la condizion sua rispetto alla dote, e la sua posizione di capo della famiglia; per l'officio pubblico che ha, e che ha esercitato ricevendo il contratto di matrimonio, è imposta pure al notaio, e all'uno ed all'altro dei due obbligati è prescritto di adempiere al dover loro in modo che l'ipoteca sia iscritta nel termine di venti giorni dalla data dell'atto. Anche a fin di assicurare la corretta esecuzione di tale obbligo, quando nel contratto di matrimonio l'ipoteca non fosse *ristretta* a determinati beni (chè allora ne risulterebbero senz'altro le indicazioni occorrenti a ben specificarli nell'iscrizione), il notaio *deve* procurare che il marito dichiari la situazione dei beni da lui posseduti, e che sono idonei a sopportare l'onere ipotecario (1).

Identiche considerazioni giustificano rispetto all'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti, l'obbligo di richiedere l'iscrizione imposto al tutore ed al protutore, ai quali, entro i termini rispettivamente fissati dalla legge, è attribuita la rappresentanza dell'incapace: lo stato di queste persone nell'ordinamento famigliare, è dunque la ragion dell'obbligo che hanno: se il tutore ha direttamente cura della persona e dei beni dell'incapace di cui integra la personalità, il protutore deve intervenire quando il tutore non bene compia all'officio suo, oppur vi sia tra l'interesse suo e quello del minore possibilità di opposizione, come nel caso in discorso par che occorra. E per l'officio esercitato, al cancelliere che abbia assistito alla deliberazion del consiglio di famiglia rispetto alla cauzione ipotecaria del tutore (2), incombe egual obbligo: che in ogni caso (da lui cioè, o dal tutore o protutore) dev'essere adempito in modo che l'ipoteca sia inscritta nel termine di venti giorni dalla data della deliberazione del consiglio di famiglia, vôlta a fissare o regolare, secondo il potere che il consiglio ha, la sicurtà ipotecaria (3).

243. Nei due casi or descritti d'ipoteca legale, l'obbligo è imposto alle persone indicate perchè, giustamente insistendo nelle caratteristiche che l'ipoteca ha, la legge volle farne dipendere l'esistenza dall'adempimento delle forme ordinate onde « pubblicità » sia data al

(1) C. civ., a. 1982.
(2) C. civ., a. 1983.
(3) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

rapporto per via dell'iscrizione: non volle seguir l'esempio di altre legislazioni (1) dispensanti queste ipoteche dalla necessità dell'iscrizione, pel turbamento grave che l'eccezion mal giustificata da innopportuno spirito di protezione avrebbe gittato nell'ordinamento ipotecario: e coordinò a questo bisogno di tutela l'altro attenente alla pubblicità ipotecaria, imponendo alle persone designate di provvedere all'iscrizione nel termine perentorio segnalato.

244. E l'adempimento di tali obbligazioni circondò pure di efficaci garanzie: anzitutto, con l'officio dato al procuratore del re presso il Tribunale, di vigilarne la rigorosa osservanza (2): e poi, con la dichiarazion di responsabilità in conseguenza dell'inesecuzione di esse nel termine prescritto, risolventesi nei seguenti effetti che possono concorrere cumulativamente: risarcimento dei danni: la multa estensibile a mille lire; e pel tutore e protutore, la rimozion dell'officio. All'applicazion di queste due ultime cautele, strettamente penali, provvede il procuratore del re, che ha *facoltà* di richiederle (3).

Il risarcimento or indicato è dovuto al titolare del diritto ipotecario, oppure ai terzi che dell'omessa iscrizione abbian patito danno (4): ed è conseguenza talvolta di colpa contrattuale, tal'altra di non-contrattuale. Occorre la prima figura nei rapporti tra il tutore, il protutore ed i minori e gli interdetti a cui favore si doveva iscrivere l'ipoteca: tra questi incapaci ed il cancelliere che aveva il mandato legale di curar l'iscrizione, e ch'egli non eseguì; tra la donna avente diritto all'ipoteca legale, ed il marito ed il notaio, ai quali la legge dà egual mandato. Occorre invece la figura della colpa extra-contrattuale fra queste persone obbligate a richiedere l'iscrizione, ed i terzi, aventi perciò diritto a domandare contro i responsabili la condanna solidale al risarcimento dovuto (5).

---

(1) C. civ. fr., a. 2136.

(2) C. civ., a. 1984.

(3) C. civ., a. cit.

(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 270; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 109bis, II; Martou, op. cit., II, 825; Pont, op. cit., II, 868; Thézard, op. cit., 157; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1535; III, 1354; Cass. fr. 19 nov. 1892 (*J. du P.* 1896, 1, 145); App. Grenoble, 14 maggio 1895 (*J. du P.* 1896, 2, 2, 111). Cfr. Tissier in *J. du Pal.* 1893, I, 145, *n.*

(5) Cons. App. Angers, 19 genn. 1892 (Dall. *pér.* 1892, 2, 212). Colmet de Santerre, op. cit., IX, 109bis, II; Pont, op. cit., II, 860; Thézard, op. cit. 157.

Digitized by Google

In entrambi i casi la responsabilità deriva dall'*ingiuria*, consistente nell'omessa richiesta d'iscrizione dell'ipoteca legale conceduta ai minori, agli interdetti ed alla donna maritata: per il che, se nel patrimonio di queste persone esistesse il diritto ad altre ipoteche di cui con danno loro si fosse trascurata l'iscrizione, il tutore nella sua qualità di rappresentante, ed il marito qual amministratore della dote, potranno rispondere in conseguenza del loro officio di amministratori: non le altre persone che hanno il mandato legale di richiedere l'iscrizione pel solo oggetto dell'*ipoteca legale* (1). Siccome poi, di regola, non v'ha responsabilità senza *colpa* (2), il danno di cui sia chiesto l'indennizzo è *risarcibile*, quando sia conseguenza diretta ed immediata dell'ingiuria colposa, derivata dall'aver omesso ciò che si dovea fare: cosicchè, se il minore giunto all'età maggiore poteva curare l'iscrizion dell'ipoteca, e non vi pensò, ed in seguito ne abbia danno, nè il protutore nè il cancelliere debbono a lui risponderne. Il danno cioè non è derivato *direttamente* dall'omission loro colposa: e si può giungere all'identica risoluzione, osservando che in tema di responsabilità è opponibile dal convenuto non soltanto il difetto di colpa nel suo atto, ma anche la colpa del danneggiato stesso nell'avvenimento dannoso, e però anche la compensazion delle colpe (3).

245. Ad un altro pubblico officiale imposto è dalla legge il mandato d'iscrivere una specie particolare d'ipoteca legale, ch'è quella attribuita all'*alienante* (4): e ragion dell'obbligo non è alcuna *protezione* che siasi voluta esercitare, sibbene una *difesa* contro l'azion dolosa che l'acquirente, ancor debitore del prezzo, da solo, oppure in accordo col compratore successivo, volesse commettere in danno dell'alienante suo autore: difesa affidata al conservatore delle ipoteche, a causa dell'officio suo che s'estende alle trascrizioni ed alle iscrizioni, e consistente nell'obbligo impostogli d'iscrivere d'uffizio l'ipoteca legale or segnalata.

---

(1) Cons. come applicazione del principio alla responsabilità del protutore, App. Nancy, 28 febbr. 1880 (*J. du P.* 1882, I, 219); ma cfr. App. Angers, 24 genn. 1892 (DALL. *pér.* 1892, 2, 212). Cons. pure AUBRY et RAU, op. cit., § 269.

(2) Sulla *colpa*, cons. Cass. fr. 23 dic. 1895 (*J. du P.* 1896, 1, 181).

(3) V. la sent. e gli Aut. cit. nelle n. a pag. preced.

(4) C. civ., a. 1985.

Digitized by Google

Se questo è il fine della legge; e se, a conseguirlo, si pensò giustamente che il conservatore nel compiere la *trascrizione* dell'atto debba effettuarla mantenendo al trasferimento l' *onere* che v' inerisce, ed inscrivendo perciò (*senza bisogno di richiesta*) la relativa ipoteca dell'alienante, chiaro è che quest'ordinamento mantien salvo il diritto dell'alienante, infino a che non sia presentato alla trascrizione l'atto cui l'ipoteca si riferisce. Trascriver l'atto senza provvedere anzitutto all'iscrizione dell'ipoteca legale consentita all'alienante, e così rendere assolutamente efficace di fronte ai terzi il pieno acquisto dell' immobile, quando la considerazion dell'onere imposto all' acquirente era legge del trasferimento, parve grave offesa alla buona fede, ed al rapporto giuridico determinato dal negozio; indipendentemente da ciò, poteva pure ritenersi che il fatto della presentazion dell'atto per la trascrizione, inducesse, se non la vera richiesta dell'iscrizione, un eccitamento al conservatore delle ipoteche a procedervi, supponendosi che la trascrizione fosse onestamente chiesta secondo i termini dell'acquisto, con l'iscrivere anzitutto l' ipoteca legale dell'alienante. E la risoluzione della legge italiana appar correttissima, e ben conducente al fine che per essa si volle raggiungere, di non lasciar indifesa la condizion dell'alienante, senza alterar perciò il diritto dell'acquirente che a sua volta abbia trasmesso ad altri la cosa: legge di questo *diritto*, dell'acquisto suo, è, come s'è avvertito, il debito del prezzo, e perciò l'ipoteca vôlta ad assicurarne il pagamento (1).

Per il che, secondo l'ordinamento descritto, la trascrizione delle alienazioni successive non toglie la possibilitá che valevolmente sia iscritta l'ipoteca del primo alienante: termine utile a procedervi è la richiesta della trascrizione dell'*atto* da lui consentito, ch'è insieme la ragion del diritto del primo acquirente e del relativo onere connessovi: cosicchè è parso non potersi affermar quello rimpetto ai terzi, se in pari tempo ancor questo non venisse constituito. E da tal ragionamento riman pure avvalorata la dottrina che afferma pel

(1) La legge francese (C. civ., a. 2108), consegue analogamente il fine or descritto, ordinando che la trascrizione del titolo conservi al venditore il *privilegio* consentitogli per il debito del prezzo che vi sia constatato. Cons. specialmente Aubry et Rau, op. cit., § 278; Troplong, op. cit., I, 266, 279 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 823; App. Nancy 3 febbr. 1891 (Dall. *pér.* 1892, 2, 161); App. Pau, 24 giugno 1891; *ib.*, 1892, 2, 349).

Digitized by Google

caso di più atti successivi d'alienazione, l'inefficacia della trascrizione di uno degli intermedî, o dell'ultimo, ad ovviare alla non eseguita trascrizion del primo: ognuno di questi atti è negozio distinto d'alienazione, e per la pienezza della sua virtù di fronte ai terzi è necessario che abbia per sè quel concorso di forme a ciò necessarie: nè la pubblicità seguita rispetto ad uno di essi può giovare all'atto onde questi trasferimenti, come da lor fonte originaria, derivano.

§ 2.

Contro di chi l'iscrizione dev'essere chiesta ed effettuata.

SOMMARIO. — **246.** L'iscrizione dev'essere chiesta ed effettuata contro il concedente, o chi è altrimenti obbligato a sopportare la costituzione dell'onere. — **247-248.** Se tra il momento della *creazione* e la *costituzione*, la cosa ipotecabile è passata ad altri, non occorre sia fatta l'iscrizione contro il possessore attuale, dato che contro di lui l'ipoteca sia valevole. — **249-250.** Eccezione posta dalla legge.

246. Con la *pubblicità*, ch'è il fine dell'iscrizione, s'intende a dar notorietà a chiunque possa avervi interesse dell'avvenuta *creazion* dell'onere: per cui non si riferisce al rapporto così, che in essa figuri in modo esclusivamente principale la *cosa* su cui grava, ma alla relazione che per via della creazion dell'onere esiste tra il *creditore* e la *persona* cui la cosa onerata appartiene. La pubblicità non è dunque reale, e questo suo modo di essere s'avverte pure nell'ordinamento della trascrizione, sibbene precipuamente personale, rivolgendosi al *fatto giuridico* dell'alienazion seguita, e quindi alle parti tra le quali esso s'è svolto: certo, anche la *cosa* v'è dedotta, ma ciò avviene perch'è termine essenziale dell'*alienazione* che si vuol pubblicare.

Da questo concetto, attorno a cui è costruito l'ordinamento legale sulla *pubblicità* necessaria alla vita di certi atti, s'inferisce che l'iscrizion dell'ipoteca dev'essere tolta contro la persona che l'ha consentita, o che per effetto di legge deve sopportarla: e quindi contro l'obbligato che l'abbia conceduta, o contro il quale, indipendentemente dal suo consenso, esiste a favor del creditore la ragion d'i-

Digitized by Google

poteca legale o giudiziale: oppure contro il terzo che abbia dato sicurtà ipotecaria per debito non suo (1).

247. Non importa perciò, se nell'intervallo tra i due momenti della creazione e dell'iscrizione dell'ipoteca (ipoteca *volontaria*), o dell'acquisto della ragion d'ipoteca e della creazione-costituzione di essa (ipoteca *legale propria*, ipoteca *giudiziale*), la cosa sia passata ad altri *che non vi abbia acquistato*, e *conservato*, un *diritto tale da impedire efficacemente l' iscrizione*: se per via di questa formalità la costituzion dell' onere può essere ancor effettuata non ostante il voluto trasferimento, non è necessario che sia eseguita contro il possessore attuale (2). E basterà considerare, che se di questo non si tien conto, per non avere il suo atto d'acquisto valore alcuno rimpetto ai terzi, se cioè pei terzi il suo acquisto non esiste, e la cosa si reputa sia sempre nel patrimonio dell'alienante, sarebbe contradittorio l'ammettere che l'iscrizione si debba far pure contro di lui, o ch'egli vi debba essere ricordato: pei creditori, e quindi per la costituzion dell'ipoteca, la cosa non è escita dal potere del debitore, contro il quale l'iscrizione dev'essere chiesta ed eseguita. Neppure importa si consideri che giovi conoscere il *possessore* della cosa, perchè all'esistenza dell'onere è ciò indifferente: s'egli assumerà in seguito qualità di « *terzo possessore* », la condizion sua imporrà al creditore di osservare le norme speciali statuite dall'ordinamento procedurale per l'esecuzione che si voglia promovere sulla cosa: ma altra è la questione or esaminata e decisa.

Per il che, l'iscrizione tolta contro questo possessore sarebbe viziata; e se in essa comparisse pure il nome dell'obbligato o del terzo concedente, l'aggiungervisi che siasi fatto del nome del possessore attuale della cosa, non nuocerebbe alla validità dell'atto. Sarebbe inutile aggiunta, non infirmante l'iscrizione condotta sui termini che per la sua correttezza son richiesti dalla legge: eccezion fatta per un caso speciale in cui è richiesta tale aggiunta, e che verrà chiarito in seguito.

---

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., § 271; LAURENT, op. cit., XXXI, 11; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 126*bis*; TROPLONG; op. cit., 681; MARTOU, op. cit., III, 1074; PONT, op. cit., II, 976; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 1622 e segg.

(2) V. gli Aut. cit. nella n. preced.; ma cfr. COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 126*bis*; V, VI.

Digitized by Google

247bis. Nè certo il vizio dell' iscrizione chiesta ed effettuata contro il possessore attuale della cosa, potrebbe essere tolto od attenuato, considerando questa persona qual rappresentante del debitore o concedente, rispetto al quale l' iscrizione si doveva compiere: il possessore potrà in tal qualità rappresentare il titolare nel possesso della cosa, ma questa rappresentanza, s'è valevole a mantenere nel rappresentato il possesso (legittimo o di buona fede), non consente che l'iscrizion dell'ipoteca si possa efficacemente compiere contro il rappresentante. A parte che non il « *possesso* », ma il « *diritto* » è gravato dell'onere ipotecario, la pubblicità non può toccare lo scopo pel quale è instituita, se il « *nome* » del titolare cui spetta la cosa onerata non apparisca a chiunque a ciò abbia interesse: e se del possessore si dicesse nell'iscrizione ch'è rappresentante del titolare, si torna a quel che s'è osservato, dell'inutilità cioè della iscrizione fatta del suo nome, bastando quello del rappresentato, ch'è il solo interessante pel valor dell'atto.

248. E la considerazione or fatta mostra, che ancor quando l'ipoteca esista contro persona incapace, non contro chi la rappresenti (tutore, curatore), bensì contro di essa l'iscrizione debba essere chiesta ed effettuata: l'onere colpisce la cosa contro il titolare cui spetta, ed è giusto sia la pubblicità data così, che chiunque voglia possa conoscere qual' è la condizione giuridica del titolare verso la cosa, e perciò l'onere menomante il suo diritto. Nè altrimenti avviene rispetto alle persone giuridiche, sian pubbliche o private (civili o commerciali): sebben talvolta succeda che, per l'entità della persona giuridica, per essere cioè il patrimonio del rappresentante considerato qual patrimonio dell'ente per le obbligazioni che gli si riferiscono, l'iscrizione tolta contro il rappresentante produca i medesimi effetti come se contro la persona giuridica fosse effettuata. Il che s'osserva nel caso di società commerciale costituita in nome collettivo.

249. In rispondenza alle cose or dette sta la disposizion della legge, per cui a chi voglia iscrivere l'ipoteca su beni di persona defunta, è fatta facoltà di far menzione degli eredi: l'iscrizione dev' essere cioè tolta contro il *concedente*, o l' *obbligato*, e varrà contro chi ne continui la personalità giuridico-patrimoniale;

Digitized by Google

onde ognuno che voglia, può conoscere gli oneri coi quali la cosa è passata dal concedente all'erede (1).

250. Ma la rigidezza del ragionamento descritto, e delle sue conseguenze, è temperata dalla legge dove concilia il criterio della sufficienza che per lo scopo della pubblicità s'avrebbe nell'iscrizione effettuata contro il solo concedente o debitore, con la necessità di evitare gl'inganni che alla buona fede dei terzi potrebbero venire dalle indicazioni contenute nei registri censuarî, libri pubblici pur essi. Perchè apparendo in questi la mutazione avvenuta rispetto alla proprietà del fondo, i terzi interessati, conoscendola, e conoscendo perciò il titolare attuale, potrebbero chiedere all'ufficio delle ipoteche lo stato ipotecario del fondo secondo le iscrizioni fatte contro di lui: onde la possibilità che figuri libera, od onerata per meno di quel ch'è, la cosa su cui esistono ipoteche valevolmente iscritte contro il suo autore. Perciò, a fin di proteggere interamente la buona fede dei terzi, e perchè essi sappiano condurre con esattezza le loro ricerche, la legge, ponendo in relazione le indicazioni dei registri censuarî rispetto ai titolari dei fondi, con quelle che debbono figurare sui libri ipotecarî, ha ordinato che se al tempo dell'iscrizione gl'immobili ipotecati apparissero in quei registri come passati da tre mesi agli *eredi* o *ad altri aventi causa* del debitore o del concedente, l'iscrizione sia effettuata *anche* contro di essi (2).

Non è questa un'eccezione per cui, modificando l'ordinamento esposto, la legge esiga doversi toglier l'iscrizione contro il possessore attuale del fondo onerato, o contro di lui o contro il debitore o concedente dell'ipoteca: l'iscrizione vòlta ad affermare il *diritto della garanzia ipotecaria* non è atto nuovo, indipendente dalla *creazione* del rapporto, sebbene in alcuni casi i due momenti possano concorrere, e fondersi in un momento solo, e dev'essere perciò effettuata contro chi concedette il diritto, o contro il debitore: ma quando da tre mesi almeno, i registri censuarî accennino alla mutazion seguìta nel titolare del fondo, il pericolo che questa «*pubblicità*» possa guastare, contraddire, l'altra «*pubblicità*» risultante dall'iscrizione contro il concedente od il debitore, indusse

(1) C. civ., a. 1996, pr.

(2) C. civ., a. cit.: che impone questa procedura, e non la lascia in facoltà del richiedente.

Digitized by Google

il provvedimento che di quella pubblicità tenne pur conto per l'intero effetto di quest'ultima. Non basta dunque il fatto del trasferimento, ed è necessario che di esso consti nei registri censuarî: non basta neppure questo solo fatto, ma occorre pure che la mutazione vi figuri da tre mesi: altrimenti, l'enunciazione dei registri censuarî non avrebbe la pubblicità che potrebbe rendere insufficiente la pubblicità dell'iscrizione effettuata secondo la regola generale, e per la brevità del tempo non s'avrebbe modo di far carico al creditore instante dell'averla ignorata.

§ 3.

Del tempo nel quale l'iscrizione può essere valevolmente chiesta ed effettuata.

SOMMARIO. — **251-254**. Termine utile per la costituzion dell'ipoteca. Quando esso comincia, e quando cessa. Regola; ed applicazione alle diverse cause onde l'ipoteca ha origine: ipoteca convenzionale (volontaria), legale (legale, giudiziale). — **255-258**. Cessa non per variazioni giuridiche avvenute rispetto alle persone, bensì per mutazioni seguìte rispetto alla posizion della *cosa* onerata nel patrimonio del concedente. Le variazioni relative alle persone, sebbene proiettantisi sul patrimonio, sono indifferenti; applicazioni. Successione di più chiamati. Iscrizione chiesta durante lo stato di comunione. Iscrizione chiesta dopo la divisione. — **259**. Le mutazioni rispetto alla cosa si riferiscono *A*) alla cosa per se stessa; oppure *B*) al patrimonio. — **260-263**. Prima ipotesi: Fin quando l'iscrizione sia possibile; regola. Trascrizione. Questioni sui vari modi di conflitto ch' essa dirime. — **264**. Nave: annotazione sui registri. Titoli del debito pubblico. — **265-275**. Seconda ipotesi. Regola: stato di liquidazione del patrimonio: *A*) Fallimento. Questioni. *B*) Eredità beneficiata. *C*) Eredità giacente. *Quid* della separazione del patrimonio ereditario da quello personale dell'erede? — **275**^{bis}. La regola esposta intorno la decadenza, non s'applica ai casi in cui la legge fissi un termine speciale per l'iscrizione.

251. Il punto in cui s'apre il termine utile a compiere l'*iscrizione*, e quindi a *costituire* il rapporto d'ipoteca, è il *momento* nel quale è nato a favor del creditore il *diritto d'instarvi*: s'è di già osservato, che sebben l'iscrizione non sia *atto giuridico* distinto, come avviene del *Realvertrag* del diritto germanico, non è neppure atto confermativo della concession d'ipoteca, e meno ancora atto meramente conservativo: è invece l'atto per cui il pubblico

Digitized by Google

ufficiale che vi dà compimento, esplica, afferma l'esistenza del *diritto reale* conceduto, investe il creditore della condizion giuridica di titolare dell'onere. Ond'è, che creato il diritto d'ipoteca, nasce a favor del creditore il poter d'instare a che il pubblico officiale competente eseguisca quest'atto, inducente l'« *acquisto* » del rapporto reale sulla cosa: il diritto cioè di compiere il secondo dei due momenti che occorrono all'esistenza del *diritto reale;* e questa nascita, se l'ipoteca è volontaria avvien subito che sia compiuto il *negozio* creativo del diritto, e s'è legale appena esiste il *fatto* che la legge ha munito della virtù di produrre la sicurtà reale ipotecaria.

Identico è dunque il concetto che determina pei due fonti dell'ipoteca (*volontà* e *legge*) il momento in cui sorge pel creditore il diritto a *costituirla*; ma diversa è l'entità dei due fatti che a tal diritto dànno origine: nell'ipoteca volontaria, è un negozio giuridico speciale, con fine e forma propria che lo crea, e però, secondo s'è avvertito (1), la relazion che ne viene tra il concedente ed il creditore: nell'ipoteca legale invece, v'ha un *fatto* determinato, che non è vôlto, secondo avviene del negozio giuridico or descritto, a dar vita all'ipoteca, ma ha come suo contenuto una speciale ragion di credito, cui, per ovvio soccorso della legge, è unita la virtù di produrre la sicurtà ipotecaria: nel primo caso, il negozio esiste per creare l'ipoteca, nell'altro il *fatto* non ha questo fine, sebbene abbia la potenza produttiva accennata. E approfondendo ancor più tale indagine, s'ha la dimostrazione del risultato che s'è ottenuto ricostruendo il processo storico formativo dell'*ipoteca* odierna, nel cui contenuto concorrono l'antica figura dell'« *esecuzione reale* » e l'altra della « *garanzia* » che da quella si svolse, col mutarsi dell'*esecuzione reale* in *esecuzione assicurata sui beni o su di un bene determinato* (2): ora, nell'ipoteca volontaria il negozio giuridico vôlto alla creazion dell'ipoteca è *creativo di garanzia, assicurante* al creditore l'esecuzione su cosa speciale, mentre nell'ipoteca legale riman più in risalto il concetto di « *esecuzione reale* », contenendovisi una « *prelazione* » ch'è concessa dalla legge a favor di cause particolari di credito. Vero è, come s'è detto, che a fin di non rendere inutile il favore concesso, la legge ha rivestito questa « *prelazione* » della forma ipotecaria, e con ciò l'elemento della

(1) V. il vol. I, cap. I; e in q. vol. II, il cap. I.
(2) V. la n. precedente.

Digitized by Google

« *garanzia* » entra pur esso a costituire l'ipoteca legale: ma non vien meno perciò la diversità di origine che separa le due figure d'ipoteca, onde il vario modo ed il diverso tempo coi quali nell'ipoteca volontaria e nella legale concorrono i due momenti di « *creazione* » e « *costituzione* » del rapporto.

252. Difatti, nell'ipoteca volontaria il negozio che la concede crea la *sicurtà*, determina speciali relazioni giuridiche tra gl'interessati, e dà all'acquirente il diritto di provvedere per via dell'iscrizione a che il rapporto reale sia *costituito*: i due momenti della concessione (*creazione*) e dell'iscrizione (*costituzione*) vi sono al tutto separati: invece, nell'ipoteca legale non si ha l'atto speciale, proprio, di creazion della garanzia, sibbene un *fatto* cui la legge connette la virtù di produrre ipoteca (privilegio), che vien così determinata e resa esistente (*creata* e *costituita*) solo al momento dell'*iscrizione*. Nell'ipoteca volontaria, il negozio per cui è concessa *determina* la garanzia: nella legale il fatto *ha la virtù di determinarla*, e tal determinazione s'esplica nel punto in cui l'ipoteca è inscritta e costituita; di qui il risultato, che nell'ipoteca volontaria i due momenti della *creazione* e della *costituzione* del rapporto son separati e s'effettuano in tempi diversi, onde la possibilità che, per avvenimenti seguiti nell'intervallo, il momento della costituzione non possa più *venire*, e l'ipoteca non sia più validamente inscrivibile, constituibile: e nell'ipoteca legale, il momento della determinazion dell'onere (creazione) coincide col momento dell'iscrizione (costituzione).

253. Tale sarebbe dunque il valor dell'iscrizione nell'ipoteca *legale*. E, secondo quel che s'è detto altrove, parrebbe, che siccome ipoteche volontarie son pure alcune tra le *legali*, concedute dalla legge per interpretazion della volontà inducente i *fatti* cui esse ineriscono (*ipoteca volontaria tacita*), così anche rispetto a queste la separazione avvertita dei due momenti debba esistere: il *fatto* cioè avrebbe in sè anche l'entità di negozio creativo dell'ipoteca. Al qual risultato s'opporrebbe il riflettere, che qualunque sia il motivo della legge instituente queste ipoteche speciali, è pur essa che direttamente le concede, e quindi, come in tutte le altre ipoteche legali, s'ha un fatto giuridico con oggetto determinato, cui è conferita la virtù di produrre ipoteca senza che tal fine sia nel

Digitized by Google

contenuto ch' esso ha, ma soltanto per benigna considerazione del legislatore: il fatto non conterrebbe la creazion vera del rapporto di sicurtà, e i due momenti della creazione e costituzione dell'onere, pur nelle ipoteche dette *tacite* coinciderebbero in quest' ultimo, estrinsecantesi per via dell'iscrizione. L'obbiezione è vana, perchè illogica: vero, che la legge dà al fatto giuridico nelle ipotesi or descritte la virtù di produrre la sicurtà, ma questa forza non deriva da elementi estranei al contenuto dell'atto, non è cioè la legge che la connette ad esso per estimazion favorevole della causa del credito: la legge presume, ed afferma, quel ch'è nell'intendimento delle parti, interpretato a seconda del fine inspirante la volontà manifestata. Dunque, se la creazione dell'ipoteca è già nella *volontà* che constitui il fatto, e se la legge è intervenuta per svolgerla da questo involucro in cui è contenuta, il fatto cui l' ipoteca legale si riferisce è pur *negozio giuridico* vòlto a crearla. Nè altrimenti avrebbe senso la distinzion proposta delle ipoteche legali in *legali proprie* e *tacite*, riferendo queste ultime alla volontà come loro ragion di essere.

254. Le considerazioni esposte dichiarano e giustificano interamente il principio formulato, del nascere il diritto di *costituire* (iscrivere) l'ipoteca non appena esista il negozio giuridico che tal rapporto *crea*, od il *fatto* al quale la legge connette la virtù di produrlo: da questo istante, qualsiasi mutazione rispetto alle persone che a quel negozio od a quel fatto concorsero, non ha influenza veruna sul potere che ne deriva di eccitare il pubblico ufficiale competente a *compiere* la costituzion del rapporto mediante l'iscrizione. Esiste cioè il *titolo* giuridico che dà all'interessato autorità di chiedere sia inscritta, costituita l'ipoteca, e il compimento delle forme a ciò necessarie non sono opera sua, bensì del conservatore delle ipoteche: l'interessato eccita l'azione di questo pubblico officiale, presentando la sua istanza munita, dei documenti necessari a far constare del suo diritto. Cosicchè, l'iscrizione, secondo s'è già osservato, non è *atto giuridico* per sè stante, alla cui efficacia occorrano condizioni speciali di capacità: e neppure atto *confermativo* dell'avvenuta concessione, perchè la conferma dell'ipoteca volontaria richiederebbe, pel suo fine, la persistenza nelle parti di quella capacità giuridica ch' è stata necessaria alla validità del titolo creativo, e nell' ipoteca legale propria non s' intende in qual

Digitized by Google

modo il creditore debba *confermare* un titolo che a lui deriva soltanto dalla benigna estimazion della legge. Non atto speciale dunque, e non atto confermativo questo dell'iscrizione, che una sola delle parti, il creditore cioè, può richiedere, senza l'intervento delle parti concorse alla creazion del titolo: ma neppure atto semplicemente conservativo, secondo d'ordinario s'insegna. Se il diritto all'*ipoteca*, alla costituzion dell'onere, esiste, per via del titolo a ciò idoneo, l'iscrizione, quando questo titolo derivi dalla *volontà* asserisce come onere sulla cosa l'alienazion del valore che vi è contenuta: la concessione è già nell'ordine giuridico, e ne emana senz'altro il diritto al concessionario di costituirlo qual peso sulla cosa, ma il *potere diretto su questa* s'ottiene soltanto per via dell'iscrizione, ch'è la *forma*, il *modo* di acquistarlo; quando poi il titolo sia nella semplice concession della legge, la manifestazione di esso come equivalente all'atto creativo, e l'affermazion dell'esistenza sua sulla cosa onerata, si confondono nell'identico momento dell'*iscrizione*.

La quale, dunque, qual *forma*, *modo*, dell'acquisto del diritto reale, non è atto delle parti, la cui azione giuridica o s'è interamente esplicata, consumata, nella *creazione* del titolo, o non vi ha punto concorso come avvien dell'ipoteca legale propria: cosicchè, qualunque mutazione segua rispetto alla capacità degli interessati, nell'intervallo tra il momento in cui il titolo esiste e il momento della costituzion del rapporto, è indifferente per la validità di quest'atto; ma, essendo l'iscrizione il modo di acquisto del diritto, d'impostare cioè sulla cosa il rapporto d'ipoteca, è assolutamente necessario che nel momento in cui s'effettua, la *cosa sia a ciò giuridicamente adatta*, sia *oggetto idoneo* dell'acquisto che per via di tal forma vien compiuto.

255. A questa posizion di concetti son coordinate alcune risoluzioni già esposte nella ricerca intorno ai caratteri determinanti l'idoneità della cosa a sopportare il pegno (1), e delle quali si dirà ancora, studiando l'invalidità e la sanatoria dell'iscrizione. Così, dell'ipoteca di cosa *altrui* o di cosa *futura*, s'è detto che il negozio giuridico creativo dell'onere può aver efficacia con diversa ragione e misura secondo che verta sul primo o sul secondo di questi due oggetti: invalida nel primo caso, rispetto al conferire diritto su

(1) V. p. 145 e seg.

Digitized by Google

cosa non propria del concedente, questi riman tuttavia obbligato per l'accordo preparatorio del negozio (*c. in contrahendo*), e nel secondo, l'atto non ha nei termini di sua essenza alcun vizio che lo intacchi: ma altro è il modo di considerare il negozio relativamente all'iscrizione. La quale, non essendo atto puramente *conservativo*, e avendo per fine suo proprio la fissazion del potere reale, non può spiegare tal effetto, se nell'istante in cui è compiuta, la cosa non appartenga al concedente, così, che il diritto d'ipoteca da lui consentito vi possa valevolmente insistere.

Quindi è, che se la cosa dedotta nel negozio creativo dell'ipoteca fosse ancora altrui, oppur futura, nel momento in cui l'iscrizione è effettuata, questa non avrebbe consistenza giuridica: mancherebbe l'*idoneità* dell'oggetto alla costituzion vera dell'onere, all'alienazione del valore, sebbene tra le parti rimanga integro il rapporto di obbligazione. Altrimenti avverrebbe, se il concedente avesse sulla cosa un diritto condizionale, perchè essendo vincolato a condizione il poter suo sull'oggetto, l'iscrizione effettuata indurrebbe l'acquisto del diritto d'ipoteca sommesso al medesimo evento cui è subordinato per la sua esistenza il diritto del concedente: cosicchè, se al momento della concessione la cosa fosse altrui, e poi al tempo dell' iscrizione diventasse del concedente, oppur questi vi acquistasse un potere condizionato, l'iscrizione terrà, avendo la *cosa* l'idoneità necessaria alla costituzion dell'ipoteca. Che se in tal momento la cosa fosse invece *futura*, non sarebbe nel patrimonio del concedente nello stato che avrebbe se vi si trovasse per via di diritto condizionato: in quest' ultima ipotesi il concedente ha un *diritto sulla cosa*, sebbene soggetto a condizione, e nell' altra invece potrà essere titolare di un rapporto di obbligazione, non di un diritto sulla *cosa*, che non è in alcun modo nel suo patrimonio. Onde l' impossibilità giuridica di *costituirvi* un onere che abbia la sua ragion di essere nel potere del concedente, se questi in quel momento (*iscrizione*) ne difetti (1).

256. I concetti or esposti, e le dichiarazioni fatte ben s' adattano alla figura dell'ipoteca legale propria. S'è detto com'essa acquisti

(1) La questione, sarà nuovamente esaminata nello studio sugli effetti dell'ipoteca costituita; s' intende che la decisione è dedotta dal concetto qui tenuto intorno l'entità dell' iscrizione, qual modo di *fissare* sulla cosa il diritto di sicurtà, d'*alienare* il valore che vi è dedotto.

Digitized by Google

l'esistenza sua mediante l'iscrizione, ch'è il momento in cui si manifesta per via di tal forma il diritto reale sulla cosa, e si determina pure la ragion di prelazione, ch'è nella legge: la quale, pel favore conceduto, dà un diritto che nella sua generalità s' estende ad ogni cosa ipotecabile sia contenuta nel patrimonio del debitore; ma siccome l'*ipoteca* per l'entità sua non può essere che speciale, con tale specialità l'ipoteca legale esiste nel solo istante in cui, mediante l'iscrizione, vien determinata la cosa soggetta all'onere. Ora, se nel momento dell'iscrizione concorrono la creazione e la costituzion dell'ipoteca, la fissazione su *certe cose* di quella ragion generale di privilegio ch'è nell'ipoteca legale, deve seguire sulle cose ipotecabili esistenti nel patrimonio del debitore al tempo dell'iscrizione: dalla prelazione della legge, deriva al creditore il diritto a costituir ipoteca sulle cose speciali che in quell'istante trovansi nel patrimonio dell'obbligato in condizione idonea a sopportarla.

257. S' è avvertito, che le mutazioni sopravvenute nello stato giuridico personale dell'*obbligato* dopo il momento in cui si determina la *creazion* dell' ipoteca (volontaria), o l'esistenza del credito cui, per benigna concession della legge, è congiunta la sicurtà reale ipotecaria (ipot. *legale* propria), non modificano in verun modo il *diritto* del creditore a costituir la garanzia: non rispetto all' ipoteca volontaria pel rapporto tra la *costituzione* e la *creazione*, non nella *legale propria*, ch'è favore addimostrato alla ragion del credito cui si connette. Per il che, il diritto, ossia la possibilità giuridica di fissare l'ipoteca per via dell'iscrizione, si mantiene, nonostante questi cangiamenti avvenuti, con tutta l'estensione ed intensità che aveva nel momento in cui è sorto.

L'esattezza della teoria si mostra intera nell'applicazion sua alla questione del concedente o dell'obbligato che, morto, abbia lasciato più eredi. Se uno soltanto fosse l'erede, in lui si raccoglierebbe l'universo compendio patrimoniale, e quindi del diritto spettante al creditore non potrebbe aversi dubbio: ma, se più fossero gli eredi, è parso debba nascer conflitto tra l'obbligazion personale di ognuno, ristretta ad una quota del debito garantito, e l'entità dell'ipoteca, che, qual rapporto accessorio, dovrebbe adattarsi a tal mutazione, determinante lo stato di ciascun coerede nel patrimonio ereditario. E a fin di cogliere e fissare tal criterio determinante, s'è proposto di distinguere secondo che l' iscrizione (costituzion dell' ipoteca) sia

Digitized by Google

effettuata durante la comunione ereditaria, oppure a division seguita (1): e se nella prima ipotesi non s'è discussa la validità dell'iscrizione, perchè il patrimonio ereditario indiviso fa capo a tutti i coeredi, nei quali si continua la personalità giuridico-patrimoniale del defunto, contro al quale ebbe esistenza il fatto giuridico abilitante ad inscrivere la sicurtà: nella seconda s'osserva, che limitata la rappresentanza del defunto ad ogni erede secondo la « quota » spettantegli del patrimonio ereditario, le cose ipotecabili entrate per effetto della divisione nel patrimonio di ogni singolo erede, appartengono da questo momento *a lui:* nè egli, rappresentando il defunto in ragion della *quota*, può essere costretto a sopportare che la « cosa » pervenutagli sia onerata da iscrizione ipotecaria per una somma superiore alla sua porzion di debito (2).

Teoria non corretta. Nato a favor del creditore il diritto a *costituir* l'ipoteca, la divisione seguita tra gli eredi dell'obbligato non può indurvi cangiamento veruno: quel diritto che riflette da principio una cosa speciale (ipot. volontaria), o che s'esplica in genere sulle cose ipotecabili contenute nel patrimonio del defunto, può essere esercitato in questa sua entità originaria rispetto agli eredi, in cui si continua la personalità giuridica del defunto, rimanendo immutata la consistenza dei rapporti patrimoniali a questo già riferentisi. Ora, nell'entità dell'ipoteca entra il carattere dell'*indivisibilità*, come suo elemento naturale: il fatto della divisione non può alterarlo, e però s'intende come il *diritto di costituir l'onere* si mantenga integro nel titolare, nè la division ereditaria possa riflettere l'efficacia sua sopra un diritto che ha per oggetto la costituzione di una sicurtà *indivisibile* (3).

258. Questa risoluzione apparisce ben giustificata quando l'ipoteca sia *volontaria*, esistendo, per effetto del negozio *creativo* della sicurtà, un titolo di alienazion di valore che nell'integrità sua può esser fatto valere contro gli eredi dell'alienante: ma non così chiara si mostra quando l'ipoteca sia *legale propria*. Che ha la ragion di essere nella benevola considerazion della legge, e la sua nascita non esplica la propria virtù in un rapporto speciale tra le parti, onde

(1) Cons. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 119bis, VII e seg.
(2) V. la n. preced.
(3) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1584.

Digitized by Google

venga al titolare il diritto di chiedere la costituzion dell' onere sulle *cose specialmente vincolate*: e se il negozio di alienazione relativo al valor della cosa non ha tolto esistenza in confronto dell'obbligato, non s'intende come possa toglierla rispetto ai suoi eredi, con l'estensione che avrebbe avuto se contro l' obbligato avesse cominciato ad esistere. Par dunque, che la sua esistenza incominci contro gli eredi, e ciò risponderebbe alla teoria proposta sul concorso nell'ipoteca legale propria della *creazione* e della *costituzione* nell'unico momento che a quest'ultima si riferisce: quindi, a division effettuata, le cose entrate nella parte dei singoli eredi, dovrebbero essere ipotecate pel valore rispondente alla quota del debito spettante ad ognuno.

Il dubbio, grave, non è giustificato. Certo, nell'ipoteca legale propria manca il titolo creativo dell'onere: certo, per tal difetto non esiste quella relazione speciale tra le parti che segnala la *creazione* dell' ipoteca volontaria, e vien meno perciò anche l' obbligazion di garanzia incombente all'alienante (1): ma non è men vero che il *diritto* a costituire (creare e costituire) l' ipoteca esiste appena ha esistenza il *credito* cui accede, e siccome questo è sorto rispetto all' *obbligato* che n'era il soggetto passivo, anch' esso si mantiene contro gli eredi, nella medesima entità con la quale è nato in confronto del debitore.

259. S'è accennato alle mutazioni che possono seguire nell'intervallo di tempo tra il momento in cui esiste il titolo specialmente creativo dell'ipoteca, o che autorizza a costituirla, ed il momento in cui è costituita o si vorrebbe procedere a costituirla, e perciò impediscono che la costituzione si effettui, e se effettuata ne infirmano la validità: esse son di due maniere. O riflettono la *cosa* ch' è oggetto dell'onere, considerandola nella condizion ch'essa ha nel patrimonio del concedente o del debitore: o riflettono non la *cosa* per sè, ma la condizione del patrimonio in cui è contenuta, in modo che tal condizione, riferendosi al patrimonio, si riferisce di necessità alla *cosa* che vi è compresa: le due maniere poi, son l'espressione di un concetto ch'è ragion comune ad entrambe, e cioè *l'uscita della cosa dal potere di disposizione che su di essa spettava al concedente dell'ipoteca, od al debitore:* un fatto cioè, che toglie al titolo l'ido-

(1) V. su ciò il cap. preced.

Digitized by Google

neità ad esprimere la virtù ch' esso ha di *costituire* sulla cosa l'onere reale. Onde apparisce ancor una volta la fallacia della teoria, che dà all'*iscrizione dell'ipoteca* il carattere di atto meramente conservativo: pel solo titolo l'ipoteca non esiste ancora come diritto sulla cosa, nè rimpetto ai terzi nè tra le parti; e affinchè tal rapporto si affermi, assuma forma concreta, è necessaria l'iscrizione, specie d'investitura che si può effettuare solo a condizion che la cosa esista sempre nel patrimonio del concedente, o del debitore, in tale stato che il titolare abbia giuridicamente su di essa quel potere che trasferisce, o vien trasferto al creditore. La cosa deve cioè mantenere nell'intervallo descritto quell'idoneità ad essere oggetto d'ipoteca, che le deriva dall'appartenere al titolare in modo da potersi procedere su di essa all'alienazion di valore: se quando quest'alienazione si effettua in realtà (*iscrizione*), la cosa non è più nella disposizion dell'alienante, inutilmente vi si è provveduto.

La mutazione che altera quest'idoneità può avvenire: *a*) se al momento dell'iscrizione la *cosa* fosse uscita dal patrimonio del concedente, o del debitore, e fosse valevolmente entrata nel patrimonio altrui: s'intende, che se non ne fosse totalmente escita, la possibilità di costituire l'ipoteca si ristringe alla misura di quel potere su di essa che fosse rimasto nel patrimonio del concedente o del debitore: così avverrebbe nel caso di usufrutto conceduto validamente prima dell'iscrizione, potendo il debitore costituire l'ipoteca sulla nuda proprietà; *b*) se nel momento in cui si vuol procedere all'iscrizione, il concedente, od il debitore, non avesse più la disposizione del suo patrimonio, per essersi *realizzata* su di esso la garanzia comune che vi hanno i creditori (*liquidazione*); *c*) se in questo momento la disposizione fosse sospesa soltanto rispetto alla cosa su cui si vorrebbe iscrivere l'ipoteca (*liquidazione parziale, trascrizione del precetto immobiliare*).

260. Il conflitto tra il creditore che insta perchè si proceda all'iscrizione, e chi pretende di aver acquistato sulla cosa un potere ch'esclude assolutamente la possibilità giuridica di procedere a valevole iscrizione, e se fatta l'infirma, vien risoluto dalla « *trascrizione* ». Il quale *atto*, ch'è *forma* di acquisto, ed occorre perchè questo si mostri giuridicamente perfetto rimpetto ai terzi (difendendosi l'acquirente di fronte all'alienante, ed ai suoi eredi, con l'obbligazion che pel contratto hanno di osservare l'impegno assunto), segna il

Digitized by Google

punto in cui la cosa *esce* dal potere dell'alienante, ed entra in potere dell'acquirente. Quindi, siccome all' esistenza della costituzione, alla validità cioè dell'iscrizione, occorre l'*idoneità* su descritta della cosa, la *trascrizione* valevolmente effettuata indica che tale idoneità è venuta meno, e quindi all'iscrizion sulla cosa, non più idonea, inutilmente si procederebbe.

Posto il qual concetto, si possono agevolmente dichiarare le ipotesi in cui il conflitto or accennato suol presentarsi. Il concedente l'ipoteca, od il debitore, aliena la cosa, ma l'acquirente non perfeziona il suo acquisto per via della trascrizione: il creditore dell'alienante che aveva già un titolo abile a produrre ipoteca, la fa *iscrivere*, e l'iscrizione segue valevolmente, perchè rimpetto a questo creditore la mancanza della trascrizione significa che la cosa è sempre nel patrimonio del concedente, o del suo debitore, che cioè non n'è uscita per entrare nel patrimonio altrui. Parimenti, se l'acquirente avesse conceduto pur egli delle ipoteche sulla cosa acquistata, o qualche creditore suo vi avesse iscritto un' ipoteca legale o giudiziale, quando i creditori dell'alienante, o che dall'alienante avessero ottenuto la concessione dell'ipoteca, procedessero pur essi all'iscrizione, la data della trascrizion dell'atto di alienazione dirime questo conflitto tra i creditori: se i creditori aventi causa dell' alienante facessero iscrivere l' ipoteca loro prima della trascrizione, nulla fa contro di essi l'iscrizione tolta da quelli aventi causa dell'acquirente: la cosa, per la mancata *trascrizione*, figura giuridicamente nel patrimonio dell'alienante, non figura cioè com'entrata nel patrimonio dell' acquirente, e quindi pei creditori aventi causa dall'alienante ha sempre l'*idoneità* necessaria a potervi iscrivere l' onere ipotecario (1).

261. La funzione or asserita alla *forma* ch'è la « *trascrizione* », di fissare cioè in *modo assoluto* (attalchè all'effetto od al difetto suo non si possa contrapporre altra ragion giuridica (2)), il momento in cui il diritto ch'è contenuto nell'atto trascritto *esce*, nella sua entità speciale, dal potere e dal patrimonio dell'autore, e quello in cui conseguentemente *entra* nel potere e nel patrimonio del tra-

(1) V. in seg. la n. 2. Cons. App. Dijon, 10 giugno 1891 (DALL. *pér.*, 1892, 2, 469) AUBRY et RAU, op. cit., § 209.

(2) V. n. 2 a pag. 398.

Digitized by Google

scrivente successore, risolve la question sollevata sulla necessità delle trascrizioni successive, e quindi le difficoltà che in materia ipotecaria a questo punto si connettono. Parve a taluni, ricercando il fine e l'efficacia della trascrizione (1), che l'acquirente il quale abbia trascritto il titolo onde deriva immediatamente il suo diritto, ha con ciò reso « *pubblico* », e però esistente rimpetto ai terzi, il fatto giuridico riguardante la sua condizione, il suo stato rimpetto alla *cosa* : quindi, chiunque abbia interesse di conoscere qual sia la posizione di questa come parte del patrimonio altrui, può ben saperlo per via della trascrizion compiuta. Al che s'aggiunge, che l'acquirente ha compiuto quel ch'era obbligo suo a fin di rendere il suo acquisto efficace di fronte ai terzi : egli ha trascritto l'*atto* inducente la traslazione seguita, ed ha perciò diritto all'intera tutela della legge.

Dottrina non corretta. E non perchè la « *trascrizione* » si debba considerare qual mezzo *soggettivo* di dar pubblicità a certi atti, in modo da far apparire non la « *condizione giuridica della cosa* » sibbene la « condizion della persona » rispetto alla cosa, cosicchè la pubblicità data agli atti successivi di acquisto, e non a quelli pur trascrivibili onde il disponente deriva il diritto suo, riesce di necessità incompleta, effettuandosi le ricerche nei pubblici registri non in rapporto alla « *cosa* », bensì alle « *persone* » : considerazione non grave, dove si pensi che anche nelle legislazioni informate al concetto della pubblicità reale, si debbono enunciare per la corretta osservanza della forma, le *successive* variazioni seguite rispetto alla proprietà del fondo. Altra pare la ragion di decidere : ed è, che la *trascrizione* sola, per l'entità giuridica sua in relazione al fine economico che la impose, segna il momento in cui l'atto (trascrivibile) acquista tutta la pienezza di sua efficacia, e dichiara ai terzi che il diritto è *uscito* dal patrimonio del disponente, ed è in conseguenza entrato nel patrimonio del concessionario. Se tale è la funzione sua, e se dov'essa non sia eseguita manca pei terzi l'esistenza dell'acquisto, s'intende di leggieri, come gli atti contenenti traslazioni successive di un diritto abbiano il proprio effetto soltanto se vennero trascritti, e secondo la data della trascrizione compiuta.

---

(1) V. specialmente Pont, op. cit. I, 265; II, 1292; Verdier, *Transcript. hypothec.* Explic. de la loi du 23 mars 1855 (Paris 1881), II, 344 e segg., e gli Aut. ivi cit.

Digitized by Google

Perciò, se chi nel primo di questi trasferimenti successivi figura quale autore, abbia consentito ipoteca sulla cosa ch'era oggetto del trasferimento, prima della trascrizion dell'atto cui direttamente concorse, e dopo che l'acquirente successivo ha trascritto il suo, valevolmente egli potè far la concessione: la cosa, pel difetto di trascrizione, figura rimpetto ai terzi qual parte del suo patrimonio, ed inutile apparisce la trascrizion dell'acquisto successivo, non essendo questa bastevole a far entrare nel patrimonio dell'acquirente ciò che per la mancata trascrizione del proprio titolo non esisteva nel patrimonio dell'autore. Si potrà certo dire, che in tal catena di trasferimenti successivi, l'ultimo acquirente par tale rimpetto al primo concedente, al cui atto di concessione risale la mancanza di trascrizione: il diritto conceduto non è mutato, e soltanto è avvenuto un cangiamento nella sola persona del titolare: cosicchè la trascrizione effettuata rispetto all'ultimo acquirente par dia bastevole pubblicità al seguito acquisto del diritto. Ma l'argomento in cui si riproduce la concezione dell'*atto derivativo* di acquisto, si spunta dinanzi alla funzion che la legge asserisce alla trascrizione: l'*atto*, in quanto la richiegga, non ha per sè virtù di trasferire il diritto, sebbene sia parte di una serie di acquisti successivamente avvenuti (1).

262. Nelle ricerche intorno l'istituto della trascrizione, ha importanza notevole quella che indaga se tra due acquirenti, di cui il posteriore abbia trascritto prima dell'altro ch'era anteriore per data di acquisto, debba proprio tenersi qual vero titolare del diritto acquistato chi prima trascrisse, quando consti che l'acquisto suo convalidato dalla trascrizione sollecitamente effettuata, è frutto di accordo fraudolento tra lui ed il venditore, a danno del primo acquirente. Della qual questione è già occorso di far cenno (2): e quando venisse risolta

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, Demolombe, op. cit., XXV (*Contr.* I) 465; Laurent, op. cit., XXIX, 182. Nè, in conseguenza, rileva che nella trascrizione di quest'atto sian pur enunciati i trasferimenti seguiti prima, ma non resi pubblici, trascrivendoli; il ricordo che ne sia fatto, non costituisce la *pubblicità* qual *modo* giuridico per cui l'acquisto sia specialmente fissato. Cosicchè, di fronte a tal ragion economico-giuridica della forma, non è corretto pensare la possibilità di « equipollenti », e ricorrervi. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II 1555; cfr. Pont, op. e l. cit.

(2) Cons. e cfr. Pont, op. cit., II, 728. Cons. App. Catania, 21 luglio 1899 (*Legge*, 1899, II, 776).

Digitized by Google

in favore del primo acquirente, affermando che la frode vizia ogni atto che da essa abbia origine, nè sia possibile perciò dar effetto alla trascrizione, senza far intervenire quasi a sostegno e legittimazion della *frode* questa forma ordinata invece a tutela della buona fede, chiaro è che contro i creditori del secondo acquirente, ch'è stato il primo trascrivente, e che curarono l'iscrizione della loro ipoteca, prevarrà l'iscrizione tolta dai creditori del primo acquirente, che non trascrisse, o trascrisse più tardi. Certo, di fronte a questi creditori del primo acquirente è sempre superiore la posizion di quelli derivanti dallo stesso venditore il proprio titolo di garanzia, perchè, come s'è osservato, la mancanza della trascrizione *dichiara* che la cosa non è escita dal suo patrimonio: ma altri sono i termini della questione or discussa.

Rispetto alla quale è giusto osservare, che non lieve è la considerazion dedotta dal fine della trascrizione, instituita a fin di proteggere la buona fede dei terzi, e non per avvalorare i risultati della frode: parimenti, il dire che la frode deve produrre l'invalidità dell'atto compiutosi per essa, e non il solo obbligo di rifare il pregiudizio sofferto dal danneggiato, può essere affermazione molto discutibile, ma non scorretta. I due argomenti non persuadono: non il primo, perchè l'acquirente sapeva, o doveva sapere, a qual forma era soggetto l'acquisto suo per essere esistente di fronte ai terzi, e doveva quindi conoscere il pericolo cui s'esponeva non instando sollecitamente per la trascrizione: s'egli dunque non curò che il suo atto ricevesse la pubblicità vôlta a salvaguardarlo, sopporti il danno, rispettando gli effetti della pubblicità di cui il secondo acquirente più sollecito provvidde il suo acquisto. E neppur vale il secondo: pur consentendo al primo acquirente *danneggiato* il diritto di farsi risarcire dal secondo che lo prevenne nella trascrizione, l'indennità non potrà mai consistere nel togliere l'effetto suo a questa forma validamente eseguita: l'annullamento o la rescission di un atto ch'è stato causa di danno, non può essere elevato a regola qual modo di risarcimento del danno stesso, quando la legge tal rimedio espressamente non dichiari, o non contenga di necessità nel suo ordinamento: il debito d'indennità ha il suo oggetto ben distinto. Ma che responsabilità vi sia del secondo acquirente, il quale abbia colluso col venditore a danno del primo, parrebbe dubbio al pensare, che questi poteva ben evitare il pregiudizio sofferto, curando la sollecita trascrizione del suo acquisto: pure,

Digitized by Google

non discutendosi l'efficacia della trascrizione compiuta dal secondo acquirente, e soltanto ricercandosi se la via per cui questi potè trascrivere contenga ingiuria contro al primo, par chiaro che l'accordo avvenuto tra lui e il venditore per compiere la nuova vendita, contenga il fatto ingiurioso che arrecò poi danno con la trascrizione effettuata. D'accordo s'è or detto, cosicchè la semplice colpa non induce responsabilità: la mancanza della trascrizione spiega e giustifica la buona fede del terzo, che non dev'essere reso in colpa del non aver fatto altre ricerche oltre quelle riferentisi al registro delle trascrizioni: soltanto di queste ultime a lui veniva obbligo dall'ordinamento legale sulla pubblicità degli acquisti.

263. Le risoluzioni esposte derivano tutte dall'entità giuridica della trascrizione: perciò gli atti di acquisto inducenti il trasferimento del diritto, senza che a ciò occorra quella forma per la cui virtù l'acquisto si afferma, vietano, dal momento in cui esistono, l'iscrizione d'ipoteche contro l'autore dell'acquirente: eccezion fatta pel caso che l'acquisto non induca rispetto a quest'ultimo la rappresentanza del proprio autore (1).

264. Pel medesimo fine della pubblicità, le *forme* dirette non solo a constatare, ma a fissare l'acquisto della *nave* (2), o di alcuni titoli speciali di credito (3), e la costituzion di diritti reali su di essi, inducono risoluzioni identiche a quelle esposte dianzi: la registrazione richiesta per l'esistenza di fronte ai terzi (4) di atti esplicanti il poter di disposizione sulla nave, indica il *momento* in cui la proprietà di essa è uscita dal patrimonio del disponente, oppur vi è rimasta meno integra, cosicchè il pegno o non vi si potrà iscrivere, o potrà essere iscritto entro i termini cui il dominio è ridotto; parimenti, la concession d'ipoteca su di un titolo nominativo del debito pubblico, diventa inutile, o rimane alterata, se, non essendosi effettuato il deposito del *certificato d'iscrizione*, a fin di eseguirvi la necessaria annotazione del vincolo, il titolare abbia ceduto ad altri mediante *attergato* il diritto suo, o parte di esso (5).

---

(1) Per via di successione ereditaria.
(2) C. comm., a. 486.
(3) L. 10 luglio 1861, a. 26.
(4) C. comm. a. cit.
(5) V. la n. 3; Regol. 8 ott. 1870, a. 104.

Digitized by Google

265. Il termine utile alla costituzion dell' ipoteca cessa poi, secondo s' è osservato, quando lo stato giuridico della *liquidazione* abbia investito il patrimonio, oppur la cosa, e ciò non soltanto, nè specialmente perchè nel titolare venga meno il poter di disporre delle cose comprese nel patrimonio, oppur della cosa singola, ma pel rapporto che tra il patrimonio, o la cosa, e gli instanti alla liquidazione, in virtù di tale stato si determina. L'effetto immediato e diretto della liquidazione, è dunque il rapporto or designato, ed il contenuto giuridico, ch' è in esso, è causa inducente nel titolare la privazion del potere di disposizione: perciò i creditori instanti hanno qualità di *terzi*, in quanto per via della liquidazione vengono in relazione diretta col patrimonio, o con la cosa, su cui insistono, a fin di trarne il *valore* ch'è oggetto del loro diritto: e siccome *liquidando* trasformano in valore la *cosa*, *perch'è dell'obbligato*, e *in quanto è dell'obbligato*, siccome cioè liquidano la *cosa* soggetta al suo potere giuridico, liquidano il *diritto suo sulla cosa*, s'intende che sono pur *aventi causa* dell'obbligato stesso.

Asserito il qual effetto alla liquidazione, chiaro è che l'invalidità degli atti constituiti sul patrimonio, o sulla cosa, si riferisce finch'essa pende, soltanto alle persone che l'hanno promossa: soltanto in rispetto a loro esiste il rapporto derivante dalla liquidazione, e quindi la sospensione all'obbligato del poter di disporre. Certo, ad altri risultati, od almeno a nuove difficoltà, s' andrebbe incontro, quando s'asserisse la ragion dell'invalidità al difetto nel titolare di poter esercitare tal diritto sulle cose sue: ma la posizion giuridica degli interessati, e quindi la causa dell'invalidità, ben si determina, osservando che il difetto di potere non è *incapacità*, bensì conseguenza dell'investire la cosa per via della liquidazione: onde la *relatività* del vizio infirmante gli atti che l' obbligato compiesse sulla cosa liquidanda, e la loro sanatoria derivante dalla cessazion del difetto, come avvien del concordato (1).

265. I principî or fissati, e le considerazioni che li giustificano, mostrano perchè aperta la *liquidazione* del patrimonio con la *dichiarazion* di fallimento, dal dì della sentenza dichiarativa non si possano più togliere valevolmente iscrizioni ipotecarie sulle cose del

(1) Cons. Cass. Roma, 14 nov. 1898 (*Foro It.*, 1899, 67); Cass. Torino, 25 genn. 1900 (*Giur. T.*, 1900, 469).

Digitized by Google

fallito, idonee a sopportare ipoteca: con la liquidazione s'intende a trasformare in valore la cosa com'è giuridicamente nel punto in cui la procedura s'apre, e per essa avvien di necessità un' insistenza dei creditori sull'oggetto che vi è dedotto: non è quindi possibile di compier atti alteranti lo stato giuridico ch'è fissato al momento in cui la liquidazione s' inizia, e ch' è base e legge della liquidazione stessa (1).

Cosicchè, quando il *titolo* creativo dell'ipoteca, o che ha in sè la virtù di autorizzare il creditore a costituirla, sia *valido*, l'iscrizione per cui s'afferma sulla cosa il vincolo *reale* della garanzia ipotecaria può ben essere tolta prima della sentenza dichiarativa del fallimento: il periodo sospetto, in cui, a salvaguardia dell'interesse dei creditori, la legge pose delle presunzioni più o meno gravi di frode contro certi atti, si riferisce al *titolo*, e in ispecial modo a quello ch' è veramente creativo dell'onere, parendo che la presunzion di frode meglio si convenga agli atti in cui la *volontà* è ragion efficiente del diritto. Del quale argomento s'è già detto: qui basterà ancor affermare, che se le presunzioni ordinate pel periodo sospetto non toccano l' ipoteca legale (legale e giudiziale), non derivando questa da voler delle parti, ma dall'estimazion della *legge* ch'è il *titolo* abilitante a costituirla (2), e quindi non sospetto per sè di frode, la voce *titolo*, adoperata nell' ordinamento che statuisce il termine utile per l'iscrizione, comprende così il *negozio giuridico* direttamente creativo della sicurtà, come la *legge*. Allorchè dunque il titolo *creativo* dell'onere, od il titolo ch' è creativo in senso lato (ossia che senza essere propriamente creativo, autorizza il creditore a far iscri-

---

(1) Il concetto or esposto consegue dall' entità della *liquidazione*, cui si attribuisce qui il significato ampio che già occorse di fissare (cons. e cfr. Sraffa, *La liquidazione della società commerciale*, 2ª ed. Firenze, 1898, cap. I: monografia, per ogni aspetto notevolissima). Nel testo, come nell'economia intera del presente studio, la *liquidazione* è intesa non nel senso ristretto che *propriamente* ha, ma a denominare qualunque momento speciale di procedura vòlto a trasformare (tramutamento economico) la cosa in valore, ed esplicante così la ragion della garanzia generale (attribuita ad ogni creditore per l'elemento patrimoniale dell' obbligazione), o particolare (garanzia *reale*). Ciò posto, s' intende che l'istante in cui la *liquidazione* s' apre, determina un rapporto giuridico particolare, per lo scopo giuridico proprio che lo differenzia, tra i creditori che l'istituiscono e la cosa che vi è dedotta; onde l' impossibilità di atti vôlti a mutare, od alterare in alcuna guisa la condizione che agli instanti è così prodotta.

(2) Cons. App. Genova, 3 giugno 1898 (*Giur. It.*, 1898, I, 2, 584).

Digitized by Google

vere l'ipoteca che la legge fa accedere alla sua ragion di credito) son *validi*, l'iscrizione può essere valevolmente tolta a fin di costituire il rapporto: purchè tale fissazion dell'onere reale avvenga prima che la liquidazione sia iniziata, ed il diritto dei creditori, esplicantesi così nell'« *esecuzione reale* », avvolga le cose o la cosa su cui si protende.

267. Alla qual posizion di concetti si rannoda una decisione, di cui più estesamente si dirà studiando gli effetti dell'ipoteca rimpetto ai crediti privilegiati, o muniti di una caratteristica speciale che par li privilegi: ed il criterio generale è, che quando per la condizion della persona, o pel proiettarsi su di essa della condizione del suo patrimonio, ogni creazione o costituzione d'ipoteca debba tenersi come non valida, pure, altrimenti avviene quando una cosa entra nel patrimonio con l'onere dell'ipoteca, ch'esiste appunto perch'essa vi entra, ed è quindi ragione, legge dell'acquisto. Al quale cioè ineriscono il credito e l'onere: ossia, l'acquisto avvien rispetto alla cosa, che non può esserne oggetto se non gravata dell'onere: e però, siccome non è giuridicamente possibile acquistarla se non gravata del credito e dell'onere di sicurtà, quella condizion personale e patrimoniale che in ogni altro caso infirmerebbe la creazione e la costituzion dell'onere, qui non agisce contro l'onere ch'è legge dell'acquisto.

Di tal criterio si ha facile applicazione allo stato giuridico prodotto dal fallimento: se il fallito acquistasse per via di eredità, e la divisione ponesse a suo carico l'obbligo di rifatte o di conguagli sulla cosa ipotecabile onde la sua parte è composta, bene i condividenti potranno far iscrivere l'ipoteca legale che loro spetta (1): la cosa è entrata nel suo patrimonio gravata di un debito, e della relativa sicurtà ipotecaria.

268. Allo stato derivante dal fallimento, si posson riferire alcune questioni che hanno pur tratto alla materia della trascrizione. Può avvenire, che prima del periodo sospetto, chi è poi diventato fallito abbia consentito ipoteca su di cosa che in seguito vendette: può anche

(1) L'onere cioè è intrinsecamente connesso al movimento patrimoniale seguìto rispetto alla fallita, e per esso ai creditori in istato di unione: cons. COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 120 bis, XVI.

Digitized by Google

avvenire, sian questi atti compiuti durante il periodo sospetto, ma sian dimostrati affatto esenti dalla presunzion di frode che poteva minacciarli. Ora, se l'acquirente non trascrive l'atto del suo acquisto, potrà il creditore ipotecario provvedere all'iscrizione dell'ipoteca anche dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, asserendo ch'egli non offende l'interesse dei creditori a cui vantaggio il limite dell'iscrivibilità è ordinato (1), o potranno i creditori obbiettare ch'essi son *terzi*, e quindi per essi la cosa alienata in virtù di atto non trascritto esiste sempre nel patrimonio della fallita? E con tal argomento, potranno impugnare anche l'iscrizione tolta prima della sentenza dichiarante il fallimento?

Quando s'accolga la dottrina insegnante che i creditori chirografarî non sono terzi, e nella liquidazion del patrimonio sian perciò tenuti a togliere il patrimonio com'è ridotto per gli atti compiuti dal debitore (eccezion fatta pei casi di rescission per frode dimostrata o presunta nel periodo sospetto), par si debba dire che la mancanza di trascrizione ad essi non giova, ed il creditore ipotecario con l'iscrizione della sua ipoteca non li offende (2). Ma parve ad alcuni, che tal decisione non si possa tenere senza scrupolo, perchè se l'acquirente fosse ancor debitore del prezzo, questo, ch'è parte dell'attivo della massa, sarebbe in sostanza destinato al pagamento del creditore ipotecario, il quale farebbe valer così la sua ipoteca contro i creditori, danneggiandoli: e la contraddizione tra i termini della decisione esposta e tal conseguenza sarebbe patente (3). Se invece il prezzo sia stato validamente pagato, il creditore ipotecario potrebbe iscrivere ed esercitare la sua ipoteca contro l'acquirente (4): e se questo esperisse la sua azion di garanzia contro la fallita, ciò non aggraverebbe lo stato

(1) C. civ., a. 1993; Cod. comm., a. 707 e segg.

(2) Aubry et Rau, op. cit., III, § 272; Troplong, op. cit., III, 655 *ter*; Pont, op. cit., 908. Altro è vedere, se i creditori ipotecari dell'autore del fallito possono iscrivere l'ipoteca dopo la dichiarazion del fallimento, ma prima che sia trascritto l'atto di acquisto; la risoluzione affermativa deriva necessariamente dal concetto esposto sul *momento giuridico* in cui la cosa si ritien uscita dal patrimonio del concedente. Qui, pel difetto di trascrizione, la cosa è pei creditori ipotecari ancor tra i beni dell'autore del fallito; non è contro questo che la loro ipoteca esiste, bensì contro il suo autore. Cons. Pont, op. cit., II, 907.

(3) Su ciò cons. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, op. cit., II, 1565; e cfr. Troplong, *Comment. de la loi du 23 mars 1855 sur la transcript.* (Paris, 1864); n. 148 e seg.

(4) Cons. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, op. cit., l. cit.

Digitized by Google

dei creditori, che dovrebbero sopportare il concorso del creditore nel caso ch'egli non iscrivesse ed esercitasse la sua ipoteca contro l'acquirente.

Le due decisioni non paiono corrette. Non la prima, perchè se i creditori chirografari non sono terzi, il fatto del non essere ancor pagato il prezzo non deve turbare la conseguenza logica della loro condizione: il creditore ipotecario non esperimenta il suo diritto sul prezzo dovuto dall'acquirente, bensì sulla *cosa*, avendo egli il diritto d'iscrivere la sua ipoteca fino a che la trascrizione dell'atto di acquisto non glielo tolga. Non la seconda: ingiustamente si afferma, che, se non l'azione dell'acquirente, i creditori dovrebbero subire il concorso del creditore privato della sua ipoteca, perchè non s'osserva che il concorso obbligherebbe il creditore alla legge dell'uguaglianza nel riparto.

269. Entrambe le risoluzioni descritte, e qui non accolte, muovono dallo stesso concetto di non considerare come *terzi* i creditori chirografari: sarebbero semplicemente *aventi causa*, e rispetto alla reintegrazion del patrimonio dell'obbligato non avrebbero maggiori diritti di quelli spettanti al loro debitore. A questi argomenti, dei quali si dirà ampiamente in seguito, occorse di accennare: e s'è osservato che dove si pensi alla « garanzia » dovuta dal patrimonio dell'obbligato ai creditori (1), non si può contender loro la qualità di *terzi*, nel senso, che sebbene sian tenuti a rispettare gli atti compiuti *senza frode* (2) dal debitore sull'aver suo, pure, la determinazion giuridica del fatto, e del momento che induce l'escita di una cosa dal patrimonio dell'obbligato, e l'entrata di essa nel patrimonio dell'acquirente, deve constare per via delle *forme* stabilite all'uopo dalla legge affinchè l'atto esista di fronte a chi vi è estraneo, e in pari tempo ha *interesse giuridico* rispetto alla cosa che vi è dedotta, avendolo rispetto al patrimonio che la conteneva. Certo, si potrà obbiettare che mal s'intende tal efficacia

(1) C. civ., a. 1949. La questione venne di già esaminata, nè abbisogna ora di nuovo chiarimento; s'argomenta cioè dal contenuto della voce « *terzi* », asserendo che vi si rappresenta lo *stato* di chi, senza avere un *diritto reale* sulla cosa o sulle cose dedotte in liquidazione, pure ha interesse giuridico rispetto ad esse, per la *garanzia* (quantunque *impropria*) che la legge gli dà sull'*universalità* di cui son parte. Cfr. Coviello, *La trascrizione*, I, l. cit.

(2) C. comm., a. 710 cit.

Digitized by Google

attribuita alla *garanzia* prestata dal patrimonio dell'obbligato, se il creditore chirografario non può reintegrarla delle diminuzioni apportatevi dal titolare, se non valendosi, di regola, dell'azion revocatoria (1): e l'argomento parrebbe grave, quando non s'avvertisse che non si deve confondere la *rescissione* dell'atto impugnato dalla revocatoria, con l'inefficacia dell'atto manchevole delle forme di pubblicità richieste pei terzi.

Ma su tal discussione, e sulla teoria proposta, come pur su altra teoria *quasi* intermedia, cui già s'accennò (2), fissante qual momento della liquidazione (trascrizione del precetto immobiliare) il punto in cui la *garanzia* dei creditori chirografari si realizza, si tornerà ancora in seguito. Qui basterà soggiungere, che pei creditori della fallita, non esistendo perchè, non trascritto, l'atto di alienazione, la *cosa* non si reputa uscita dal patrimonio del fallito: inutile quindi sarà l'iscrizion tolta dal creditore dopo la sentenza dichiaratoria del fallimento.

Ed a insistere su tale invalidità gli altri creditori son giustamente spinti dall'interesse che il creditore concorra con loro, e sia così evitata l'azion di rivalsa dell'acquirente, aumentata dei diritti a lui provenienti dall'evizione.

270. Altra ragion legale per cui s'apre la liquidazione del patrimonio, è l'accettazione di eredità fatta con beneficio d'inventario, nè importa se in *realtà* lo stato del patrimonio non sia tale da giustificare una procedura così grave, oppur non esistano affatto passività che l'onerino: la liquidazione s'apre del pari, se il giudizio del chiamato, indotto dalla conoscenza dello stato effettuale

---

(1) C. civ., a. 1235; C. comm., a. 707 cit. e segg.

(2) Della qual teoria s'è già discorso assai nella parte generale; il concetto dominante nel proporla, è che la *garanzia* posta impropriamente dalla legge sul *patrimonio* dell'obbligato (concetto patrimoniale dell'obbligazione), si afferma sui *beni* che particolarmente lo compongono, si *realizza* mediante l'atto per cui la liquidazione s'apre, e cioè la trascrizione del precetto; ma qui altra è la questione. Non si esamina invero la struttura giuridica, la portata di quest'atto; s'indaga la posizion giuridica dei creditori qual è prima ch'esso sia compiuto, dei creditori non di fronte ai beni specialmente colpiti dalla trascrizion del precetto, alla sicurtà così realizzata, sibbene di fronte alla *garanzia* impropria diffusa sul patrimonio dell'obbligato. E la loro qualità di *terzi*, s'è fatta ancor qui risaltare per via dell'interesse giuridico descritto; ond'è, che la teoria or accennata è detta nel testo *quasi* intermedia, perchè in realtà vi si riflette un'altra condizion giuridica di cose.

Digitized by Google

delle cose, abbia impedita la confusion dei patrimonî, o se ciò avvenga per equa provvision della legge, vòlta a tutelare contro ogni « possibilità » di danno l'interesse di certe persone (1) chiamate a succedere. Nel primo caso, la volontà del chiamato, nel secondo la legge, impediscono la confusione patrimoniale: in entrambi poi, la legge, provvedendo alla condizione speciale del patrimonio ereditario (il quale, per mancanza di rinunzia non esiste come stante a sè, e pel seguìto modo di accettazione mantiene come indipendenti i rapporti giurico-patrimoniali del defunto) lo dichiara in liquidazione. Così, il benefizio d'inventario toglie la confusione dei patrimonî, e la possibilità che ciò avvenga insieme alla continuazione della persona del defunto in quella dell'erede, è la ragion dello stato di « patrimonio in liquidazione » asserito all'eredità beneficiata.

Il quale stato è dunque ordinamento fissato dalla legge, e, come avvien della liquidazione in generale, la condizione giuridica dei creditori rispetto al patrimonio od alla cosa specialmente onerata di sicurtà in lor favore, vien fissato nel punto in cui è determinato: la ragion della garanzia avvolge da tal momento il patrimonio come fa delle cose particolarmente vincolate, con la differenza che lo « stato di garanzia » per queste ultime esisteva di già, mentre rispetto al patrimonio la « liquidazione » ha pur l'effetto di fissarlo: e tra le due figure, l'analogia per cui si accomunano nello « stato di liquidazione » sta in ciò, che in entrambe la « liquidazione » aperta trasforma la cosa liquidanda in *valore*. Se tale è, secondo la legge, la virtù della liquidazione, e se per essa la condizion giuridica della cosa non può essere in verun modo alterata da quel ch'era al momento in cui s'è aperta, non potendosi durante la procedura mutar l'oggetto su cui questa s'esplica, nè alterare la posizione di quanti in quel momento avean diritti sulla cosa, s'intende di leggieri il divieto (2) che ipoteche siano inscritte su beni facienti parte di eredità beneficiata.

(1) C. civ., a. 1971.

(2) Cosicchè, mancando tale « *alterazione* », il divieto della legge non si estende al caso di rinnovazione dell'iscrizione originaria: Colmet de Santerre, op. cit., IX, 120 *bis* V; ma se l'iscrizione fosse vòlta a garantire interessi non compresi nell'iscrizione antica, il mutamento vi è, perchè estende l'onere ipotecario, aumenta il valor alienato, sebbene il nuovo atto al primo sostanzialmente si connetta. Cfr. tuttavia Aubry et Rau, op. cit., III, § 285; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 131 *bis* X, e seg.; Pont, op. cit., II, 889, 1024; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1587.

Digitized by Google

271. Non bene dunque si dà ragion della legge, dichiarandola con l'incapacità dell'erede a disporre di questi beni, per aver egli accettato col beneficio d'inventario che li sottrae al poter suo di disposizione, e dando all'iscrizione il carattere di quasi « *conferma* » del diritto d'ipoteca già creato (3): nè l'iscrizione, secondo s'è già dimostrato, è conferma della creazione seguìta, sebbene sia « *costituzione* » del rapporto reale di garanzia, nè il divieto proviene da incapacità, bensì dallo stato di liquidazione, dall'entità giuridica che lo differenzia.

E argomentando da queste idee, parrebbe doversene giustamente assegnar l'effetto descritto a qualunque causa d'ipoteca, e quindi così alle ipoteche volontarie come alle legali: invece si restringe alle sole ipoteche derivanti da « *sentenza di condanna* » (5), dove il momento della *creazione* non è giuridicamente separabile dall'altro della *costituzione* in cui si confonde. Aperta la liquidazione non è possibile di costituirle, e quindi la *creazione* (significando così la virtù creativa dell'ipoteca ch'è nella sentenza) non potè esprimersi con importanza giuridica: ma nelle altre ipoteche in cui i due momenti sono, ed appaiono distinti, rimane, secondo l'ordinamento della legge, la possibilità di costituire le ipoteche già *create*. Il qual provvedimento limitativo, che par contraddica all'entità della « *liquidazione* », ha la ragion sua nella natura del benefizio d'inventario, non introdotto a favor dei creditori, bensì dell'erede: cosicchè, se a vantaggio di questo vien tolta la confusione dei patrimoni ereditari, se la *liquidazione* cioè dev'essere intesa in relazione a tal benefizio, ed alla causa che lo determinò, è giusto vi siano commisurati gli effetti: ora, tal necessaria misura verrebbe sconvolta, se di fronte ai creditori ereditari, aventi causa dal defunto, non avesse valore l'atto creativo dell'ipoteca, pel solo fatto del non averla iscritta prima dell'aperta successione. Certo, questo ragionamento potrebbe ben essere applicabile anche alle ipoteche giudiziali, specialmente a quelle che avessero causa da sentenze rese contro la persona del *de cuius:* ma è facil cosa av-

---

(1) Colmet de Santerre, op. cit. IX, 119bis I.

(2) Cfr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1588; ma s'osservi che il divieto, secondo la legge francese, ha una generalità che secondo l'italiana non ha, contenuto com'è nell'art. 2146, posto nel cap. IV (tit. XVIII del l. III) intitolato « *modo d'iscrizione dei privilegi e delle ipoteche* ».

Digitized by Google

vertire, come le sentenze, per la forza esecutiva loro (e ciò storicamente è tra le ragioni determinanti l'origine dell'ipoteca giudiziale), siano in rapporto più diretto con la liquidazione, che tendono anzi a provocare: quindi, giustamente la liquidazione dipendente dal benefizio d'inventario colpisce le ipoteche giudiziali iscritte dopo l'apertura della successione; ossia non create e non costituite al momento in cui essa ebbe principio.

272. La norma esposta, e la considerazione svolta a chiarirla e giustificarla, insegna, senz'altra dimostrazione, che l'effetto or accennato ha luogo sì per le ipoteche iscritte dopo l'accettazion beneficiaria, e per quelle che lo fossero tra il momento dell'apertura della successione e la dichiarazion di accettare con benefizio d'inventario, la cui virtù a quel tempo si riferisce: e cessa quando tal benefizio venga meno a cagion di rinunzia che l'erede vi abbia fatto, oppure per decadenza in cui sia incorso (1). E invano si può obbiettare, non parer giusto di estendere ai creditori la conseguenza della *rinuncia*, del *fatto proprio* dell'erede, o della *pena* che per via della decadenza la legge gl'infligge (2): qualunque sia la causa in considerazion della quale il benefizio d'inventario si estingue, l'erede è come se avesse accettato puramente e semplicemente, e la *liquidazione* cessa come se mai sia stata iniziata. Nè sarà inutile ricordare, che riferendosi il *benefizio* soltanto all'erede, senza che in alcun modo vi entri considerazion di equità pei creditori ereditari, sarebbe inutile ed ingiusta preoccupazione quella del danno reso a questi possibile dalla virtù retroattiva or accennata.

273. All'ipotesi descritta è strettamente analoga l'altra dell'eredità giacente, e bene la legge entrambe le unisce ed agguaglia nell'effetto dell'invalidità dell'iscrizione tolta in virtù di sentenza di condanna (3). Nell'eredità beneficiata vi è l'*erede*, ma, pel modo spe-

(1) Sulle decisioni esposte cons. MERLIN, *Rip.* cit., V° *Success. vacante*, § 1; AUBRY et RAU, op. cit., III, § 272; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 119 *bis* III; DEMOLOMBE, op. cit., XV (*Success.*, II), n. 397; TROPLONG, III, 658; PONT, op. cit., II, 918 e segg.; THÉZARD, op. cit., 154; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, 1576 e segg.; WAHL, in *J. du Pal.* 1893, 2, 33, in n.

(2) Qualunque, come s'è detto, sia la causa per cui il benefizio s'attua: v. COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 169 *bis* II; DEMOLOMBE, op. cit., XV, 174; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, 1572 e segg.

(3) C. civ. a. cit. MERLIN, op. e l. cit.; DURANTON, op. cit., XX, 83; AUBRY et RAU, op. cit., III, § 272; COLMET DE SANTERRE, op. cit, IX, 119 *bis* II; TROPLONG, op.

Digitized by Google

ciale di accettazione concessogli, è impedita la confusion dei patrimonî, onde la necessità prevista ed ordinata di porre in istato di *liquidazione* il patrimonio ereditario: nell'eredità giacente la condizion di questo patrimonio è più grave; *effettivamente* (nonostante cioè la finzione della *saisine*) non vi è erede, o perchè il chiamato ha rinunziato, o perchè non si sa se erede vi sia: onde la necessità di provvedere allo stato del patrimonio ereditario, ch'esiste a sè, in difetto di *persona* cui per ragion ereditaria si riferisca. Così la legge, a tutela del diritto degli interessati in relazione giuridica col patrimonio, e qual mezzo conservativo a favor di chi è erede, sebbene non conosciuto, dichiara lo stato di liquidazione, e dà all'universalità un curatore che liquidi, e faccia quegli atti di amministrazione che a tal fine possono occorrere: nell'eredità beneficiata il patrimonio ereditario, reso quasi indipendente per l'impedita confusion dei patrimonî, è rappresentato dall'erede amministratore: l'eredità giacente ha il curatore che la rappresenta, e in entrambi i casi la condizion di fatto, pressochè identica, ha indotto con lo stato di liquidazione il divieto or descritto d'iscrivere ipoteche giudiziali dopo il momento dell'aperta successione. La qual restrizione si spiega ancor qui con la causa della *liquidazione* dipendente dalla *morte* del soggetto del patrimonio, non potendo quest'avvenimento togliere, o indebolire, la *creazione* già seguita dell'ipoteca.

274. Se l'invalidità ora studiata è effetto dello stato di *liquidazione,* riflettentesi su cose speciali o su di un patrimonio, certo è, nonostante il silenzio della legge, che quante volte tale stato occorra, debba conseguirne l'incapacità del titolare a far atti di disposizione, e l'invalidità delle iscrizioni tolte dopo il momento in cui è cominciato: nè importa obbiettare, che l'ordinamento legale ordinante quell'invalidità debba essere interpretato restrittivamente (1): non si tratta di estendere a casi diversi da quelli per cui sia stata ordinata una presunzion legale producente l'invalidità dell'ipoteca, bensì di affermare gli effetti che allo stato di liquidazione necessariamente ineriscono.

---

cit., III, 659 *ter*; Pont, op. cit., II, 916; Thézard, op. cit., 154; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1582; Guillouard, op. cit., I.

(1) Cons. e cfr. su quest'affermazione Duranton, op. cit., XX, 80; Laurent, op. cit., XXXI, 25; Aubry et Rau, op. cit., III, § 272; Pont, op. cit., II, 876; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1569.

Digitized by Google

Si può dubitare se tale stato si possa riferire al patrimonio ereditario, separato, per via del beneficio di separazione, da quello personale dell'erede. Certo, secondo s'è osservato, la *liquidazione* vien qui come motivo pel quale la separazione è fatta valere dagl'interessati cui è conceduta, e non è *stato* giuridico che da tal benefizio consegua: a differenza di quanto avviene per l'eredità beneficiata e la giacente, qui (se pure con la separazione non concorra l'accettazione seguìta con benefizio d'inventario) il patrimonio ereditario si connette alla *persona* dell'erede, e la confusione dei patrimoni è impedita a solo vantaggio dei creditori ereditari, e dei legatari che della separazione voglian valersi. Questo benefizio non separa dunque il patrimonio ereditario a fin di *liquidarlo*, sibbene a fin di lasciarlo come *garanzia* (in senso generico) dei soli creditori ereditarî e dei legatarî: è vôlto direttamente a mantener inalterata questa garanzia offerta ai creditori patrimonio dell'obbligato.

Manca perciò in quest'ipotesi la figura della *liquidazione*, nè par possibile di estendervi l'ordinamento legale sull'invalidità delle iscrizioni d'ipoteca giudiziale seguìte dopo l'apertura della successione (1): la legge stessa, a ragion del fine cui la separazione tende, mantiene tra i creditori ereditarî che siansene valsi, il rispettivo diritto di poziorità (2).

275. S'è detto che nel regolare un caso di *liquidazione* del patrimonio, il fallimento, la legge ordina espressamente a favor dei creditori l'invalidità delle iscrizioni eseguite dopo l'apertura della liquidazione, avvenuta per via della sentenza dichiarativa. Ora, v'ha casi d'ipoteca legale in cui è fissato un termine entro il quale l'ipoteca può essere iscritta (3): che avverrà se questo termine fosse ancora in corso quando la liquidazione è stata aperta? Prevarrà la considerazione del termine conceduto per l'iscrizione, oppure la ragion della liquidazione iniziata?

Non mancherebbero motivi, e ben ovvî, per decidere secondo il primo di questi due criterî: nella concessione di potersi eseguire l'iscrizione entro un dato termine, pare implicita la previsione di

(1) Cons. specialmente Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1585; e v. pure Colmet de Santerre, op. cit., IX, 119 bis, IX.

(2) C. civ., a. 2062.

(3) C. civ., a. 1982, 1983, 1985.

Digitized by Google

fatti che giuridicamente potrebbero ostacolare la costituzion dell'ipoteca, ed anche la decisione che questi fatti non possano alterare la facoltà data: ma a chi ben consideri, tale ragionamento parrà privo di resistenza. La legge prevedette certo il caso normale, la mancanza cioè di cause che durante il termine conceduto alterassero la condizion patrimoniale dell'obbligato, nè poteva certo sommettere l'efficacia della liquidazione aperta col fallimento, ed il diritto della massa affermantesi sul patrimonio del fallito, alle concessioni fatte per l'iscrizione di certe ipoteche: altrimenti troppo la virtù della liquidazione sarebbe rimasta offesa (1). Tant' è, che la disposizione della legge commerciale (2), cui la legge civile interamente si rimette (3), dove asserisce l' invalidità delle iscrizioni tolte dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, non distingue: nè distinguer poteva, secondo l'entità della liquidazione per via del fallimento determinantesi.

La questione ha speciale importanza pel caso della vendita, avendosi tempo ad iscrivere l'ipoteca legale del venditore fino al momento della trascrizion dell'atto: potrebbe avvenire che il compratore cadesse in fallimento prima della trascrizione. Ora, al creditore che non potè iscrivere la sua ipoteca, rimarrà, per la decisione accolta, l'azion nascente della condizione risolutiva, espressa o tacita: nè importa obbiettare, che tale azione non può offendere il diritto che i *terzi* abbiano acquistato anteriormente alla domanda di risoluzione (4), perchè il difetto di trascrizione vieta ai creditori di considerar la cosa com'entrata nel patrimonio del fallito. Certo, non si può nascondere che ancor qui s'ha grave ragion di dubbio: parrebbe mal invocato il difetto di trascrizione rimpetto a chi non è terzo, e soltanto avente causa del debitore: ma, o i creditori non sono terzi, e allora la domanda di risoluzione non può aver ostacolo: o son terzi, per via della liquidazione aperta con la dichiarazion di fallimento, e allora la domanda sta, in conseguenza del difetto di tra-

---

(1) Cons. Cass. fr. 24 marzo 1891 (Dall., *pér.*, 1891, I, 145); Colmet de Santerre, op. cit., IX, 110 *bis* X, e seg.; Troplong, op. cit. III, 650; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1598; ma cfr. Pont, op. cit., II, 903.

(2) C. comm., a. 707.

(3) C. civ., a. 1993.

(4) Cfr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1601.

Digitized by Google

scrizione. Il quale ultimo parere, dedotto dall'entità della liquidazione, risponde alla costruzione già accolta e fissata (1).

§ 4.

Le formalità occorrenti per l'iscrizione (costituzione) *dell'ipoteca.*

SOMMARIO. — **276.** Davanti a quale ufficio si debba effettuare l'iscrizione. — **277-286.** Il richiedente deve presentare in appoggio della sua richiesta 1) il *titolo* dal quale il suo diritto d'ipoteca trae la ragion di essere. Formalità estrinseche necessarie, perchè il titolo legittimi la richiesta d'iscrizione. Scrittura privata. Atto ricevuto all'estero. Può esser *titolo* l'atto pubblico anche non registrato. Qual si debba considerare come *titolo* nel caso di ratifica posteriormente seguita del titolo originario annullabile. Ipoteche legali e giudiziali. Della sentenza non ancora registrata. Se il conservatore possa procedere all'iscrizione senza aver visione del titolo. — **287.** 2) Il richiedente deve pur presentare due note: *quid* se il titolo creativo dell'ipoteca si riferisca a più creditori e per crediti diversi? Le due note potranno esser fatte cumulativamente? — **288.** Indicazioni che queste due note debbono contenere. Designazione del creditore. — **289-290.** Designazione del domicilio reale e del domicilio elettivo. Questioni. — **291.** Designazione del debitore. — **292.** Designazione del *titolo* giustificante la richiesta. — **293-294.** Designazione della somma principale dovuta, degli accessorî e del termine d'esigibilità. — **295-297.** Designazione dei beni gravati. Eseguita l'iscrizione, il conservatore restituisce il titolo ed una delle due note col certificato dell'iscrizione eseguita. Omissione delle formalità ordinate per la richiesta dell'iscrizione. Nullità. — **298.** Cessione e surrogazione. — **299-300.** Dell'ipoteca marittima e fluviale: trascrizione. Titoli nominativi di rendita.

276. L'iscrizione necessaria a che l'ipoteca sia *costituita*, fissata, qual rapporto diretto sulla cosa, dev'essere effettuata presso la conservatoria delle ipoteche ch'è competente a farla: e la competenza, a causa dell'investitura del potere reale ch'è il contenuto dell'atto, è determinata in ragion del luogo in cui l'immobile è situato. Perciò, instituiti nel territorio nazionale questi uffizî, e determinata, secondo l'ordinamento che li governa, la circoscrizion particolare cui si estende l'autorità d'ognuno di essi, l'ipoteca dovrà essere iscritta nell'ufficio della circoscrizione territoriale in cui l'immobile

(1) V. la n. prec.: certo, quando non s'ammetta che ai creditori viene un interesse giuridico a sè, per via della cosidetta *garanzia* lor derivante dall'elemento patrimoniale ch'è nell'obbligazione, con la ragion di costruire cade la decisione accolta.

Digitized by Google

è posto: se più fossero gl'immobili ipotecati col medesimo atto, o con atti diversi, pel medesimo credito, le iscrizioni dovranno farsi secondo questa regola della ragion del luogo: e se lo stesso immobile facesse parte di circoscrizioni territoriali diverse, l'iscrizione dovrà essere eseguita sull'immobile intero presso i varî uffici che le reggono.

A tal criterio della *competenza reale*, giustificato dalla considerazion del *peso* imposto su di un immobile, non par risponda bene la parte dell'ordinamento legale ch' esige sia l' iscrizione (e così la trascrizione) eseguita contro la *persona* del debitore o terzo concedente l' ipoteca, e a favor della *persona* del creditore, senza più tener conto delle successive mutazioni nella condizion giuridica della cosa onerata; la competenza per effettuare l'iscrizione è cioè reale, e l'iscrizione vien poi eseguita e costantemente mantenuta in modo personale. Onde le gravi critiche mosse a tal sistema di *pubblicità*, accusato di non rispondere alle ragioni economiche inducenti la necessità di render pubblico lo stato giuridico del fondo, a tutela della buona fede dei terzi, e del credito, che dalle incertezze e le possibili dispute sull'esistenza del diritto riceve impacci non lievi: onde i voti e le proposte di riforma, condotte ad immagine delle legislazioni che adottarono il sistema della pubblicità reale propria, ed in ispecie dell' ordinamento germanico dei libri fondiari messi in corrispondenza al libro catastale (1). Certo, non si possono negare i molti inconvenienti derivanti dal sistema di pubblicità intesa rispetto all'atto, alle persone, più che alla cosa, perchè le ricerche nei registri a fin di esaminare qual sia la condizion di uno stabile riescono spesso difficili, e talvolta incomplete, pei possibili trapassi di proprietà, non tutti, secondo la legge, soggetti a trascrizione (2): d'altra parte non si può contendere che l'adozione intera del sistema di pubblicità reale e delle presunzioni connettentisi all'esecuzion di essa,

(1) Legge germanica 24 marzo 1897 del « *Grundbuch-Ordnung* », già cit.

(2) Che alla funzione della *pubblicità* l'ordinamento attuale della trascrizione sia inadeguato, occorse già di osservare (v. q. cap. in pr.); basti rammentare l'enunciazione limitativa ch'è nell'art. 1932 del C. civ., e la disputa sorta rispetto agli effetti della revoca, se cioè la trascrizion della domanda occorra pei soli casi in cui dalla legge vi si provvede, ritornandosi per gli altri alla distinzione sulla causa risolutiva (*ex causa antiqua: ex causa nova*). Del che s'è già detto a suo luogo; v. pure le varie considerazioni che si leggono nella relazione premessa al progetto Carmine-Bonasi cit. E cfr. Luzzati, Il progetto di legge Bonasi-Carmine, in *Riforma Sociale*, 1100, X, f. 3.

Digitized by Google

turberebbe, più del principio, ormai ricevuto, della consensualità rispetto al trasferimento del dominio ed alla concession di diritti reali (1), l'istituto della prescrizione (2): basterebbe che la legge assoggettasse a tal formalità ogni atto contenente trasferimento d'immobili o altro atto di disposizione su di essi, e ne ordinasse l'esecuzion di officio al momento della registrazione, imponendo alle parti un breve termine per presentare l'atto rivestito delle formalità occorrenti a compierla se non le contenesse ancora, ed affermando la nullità degli atti o scritture non registrate: per le ipoteche basterebbe fosse accolta, in contrapposto alla teoria dominante, la dottrina qui proposta. Vero, che le difficoltà non sparirebbero del tutto, ma verrebbero diminuite di molto, curando rigorosamente la determinazion delle persone e della cosa, e coordinando i registri delle trascrizioni a quelli delle iscrizioni: e sarebbe conservato integro nell'ordinamento legale l' istituto della prescrizione acquisitiva, confortato dalla tradizione giuridica, e da quell' alta ragion sociale ch'è il rispetto al lavoro umano, qual fatto produttivo di diritti.

Si dirà, che pur nel diritto italiano, prima del sovrapporsi della legislazion francese, che fermò, dove non sviò, il movimento della tradizion giuridica patria, il principio della « *consensualità* » non era accolto, o non lo era con la determinazione ch'ebbe più tardi, ed il sistema della pubbblicità reale sarebbe il ritorno a questa lunga tradizione: e sia, sebben questi ritorni siano malagevoli quando turbano la coscienza giuridica nuovamente formata: ma ben vi si può ritornare senz'accogliere nelle sue intime particolarità il stema della pubblicità reale, senza togliere una sovrapposizione di diritto straniero per far posto ad un'altra. E i rimedî or accennati son bastevoli perchè l'antico concetto della « *tradizione* » ricompaia più nettamente che ora non sia, effettuandosi, come avviene, in

---

(1) Non basta la *consensualità*, quando s'accolga il modo tenuto qui nell'intenderla, che separa la funzion di essa relativa alla pura relazione *contrattuale*, dall'altra riferentesi al *modo di acquisto*. V. il rinvio fatto nella nota preced.

(2) Con la fede dovuta, di necessità, al registro fondiario, l' istituto della prescrizione acquisitiva dovrebbe venir meno: ora, pei motivi sociali che ampiamente giustificano l'istituto, e pel rispetto dovuto al nostro diritto nazionale, parrebbe più savio consiglio quello di perfezionare la forma esistente della *trascrizione*, rendendola per legge *modo* vero *d'acquisto*. Cons. in questo senso il prog. Carmine-Bonasi cit. E del resto, rispetto alla prescrizione v. lo stesso C. civ. germ. § 927.

Digitized by Google

parte con una funzion del consenso (1) e in parte con un sistema non completo di trascrizione (2).

277. Per via dell'iscrizione l'ipoteca è resa pubblica, è costituita, non soltanto rispetto ai terzi, ma tra le parti stesse (3). A fin di ottenere che sia effettuata, perchè l'eseguirla è, come s'è detto, non atto delle parti, o del solo creditore, bensì di un pubblico officiale ch'è il conservatore delle ipoteche, il richiedente deve presentare il *titolo* onde il suo diritto d'ipoteca ha ragion d'essere, e *due note* per cui la sua richiesta s'esplica (4).

278. Il *titolo* è l'atto speciale contenente la creazione dell'ipoteca, o la causa legale che dà al creditore il diritto di costituire, facendola iscrivere (creazione e costituzione del rapporto), la sicurtà ipotecaria. La prima di queste due figure si riferisce all'ipoteca volontaria, e può avvenire che il titolo creativo dell'ipoteca sia lo stesso per cui vien costituito il credito a cui garanzia l'ipoteca è conceduta, oppur ch' esista separatamente: in quest' ultimo caso, siccome l'iscrizione è vôlta a *costituire* un rapporto giuridico distinto, determinato, e si svolge in conseguenza dell'avvenuta *creazione*, il *titolo* che deve eccitare l'azion del pubblico officiale incaricato di effettuarla, non è quello constatante la ragion del credito garantito, bensì quello onde ha origine il diritto a *costituire* (iscrivere) l'ipoteca. Il primo modo può ben occorrere anche per l'ipoteca volontaria espressa, e anzi vien generalmente tenuto per crearla, ma occorre sempre rispetto all'ipoteca volontaria tacita (della legale e della giudiziale si dirà in seguito): in questa, il diritto all'ipoteca, pur giustificandone l'origine con la presunta volontà delle parti, è nella ragion del rapporto di credito, e perciò la necessità di presentare il titolo che tal ragione accerta, contenendosi già in essa la *causa* della costituzione dell'onere ipotecario.

279. Perchè il titolo *creativo* dell'ipoteca, contenente cioè la creazion dell'ipoteca qual oggetto suo particolare, determinato, sia utile a

(1) V. q. cap. in pr.
(2) V. la n. prec.
(3) V. la n. prec.
(4) C. civ., a. 1987 pr.

Digitized by Google

costituire il rapporto, sia cioè idoneo ad ottenere l'*iscrizione*, è necessario sia vestito di certe forme, dirette a dar certezza al pubblico officiale della verità dell'atto che gli vien presentato a sostegno dell'iscrizion richiesta (1): e queste formalità variano a seconda che l'atto creativo sia fatto nello Stato, oppure in paese estero. S'è fatto nello Stato, il titolo o ha la forma di atto pubblico, o di scrittura privata: e sebben questa sia forma sufficiente per la concession dell'ipoteca (2), affinchè sia poi idonea a richieder l'iscrizione è necessario sia la firma del *concedente* autenticata da notaio, od accertata giudizialmente (3): sul quale ordinamento s'ebbe già occasion di osservare, come la sufficienza nell'atto creativo della sola firma del concedente non dia all'atto la figura di *unilaterale*, non potendosi il fatto del concessionario che si val della concessione, spiegare altrimenti che qual concorso di *volontà* a crearla. Chi richiede l'iscrizione deve presentare la copia dell'atto pubblico, e degli atti annessi (p. es., il mandato di consentire l'ipoteca): se il titolo risultasse da scrittura privata, dev'essere questa presentata in originale, coi documenti accessorî, dove occorrano, e sì quella che questi rimarranno depositati nell'ufficio delle ipoteche: ma se l'originale della scrittura privata si trovasse già depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio, basterà la presentazione della copia autenticata dall'archivista o dal notaio, accertante che la scrittura ha i requisiti necessarî (formalità estrinseche) perchè si possa richiedere ed effettuare l'iscrizione.

280. Non sempre occorre che la scrittura privata sia rivestita di tal forma perchè valevolmente si possa chiedere l'iscrizione: e ben si può asserire, che se la forma descritta è necessaria quando la volontà di disporre si manifesta particolarmente, specialmente, quale concession d'ipoteca, allorchè invece questo modo di disposizione è contenuto in un atto che per la natura giuridica sua contien la volontà di disporre delle proprie cose, ed ha una forma determinata che l'individua, la creazion d'ipoteca che vi fosse con-

(1) In vista di tal fine, s'intende la diversità della forma statuita per la concessione d'ipoteca volontaria (C. civ., a. 1978), da quella occorrente per l'effettuale costituzion dell'onere.

(2) C. civ., a. 1978.

(3) C. civ., a. 1989.

Digitized by Google

tenuta è parte dell'atto: quindi la *forma* per cui tal atto esiste, è sufficiente alla creazion sua, ed è idonea a costituirla. La volontà d'ipotecare è cioè pienamente manifesta con la forma statuita dalla legge rispetto alla volontà di disporre delle proprie sostanze, e la forma idonea per una disposizione così ampia, esclude di necessità quella occorrente per una disposizion particolare: l'atto non è vôlto alla concessione speciale dell'ipoteca, ma questa è parte dell'atto, è modo col quale s'esplica la volontà onde quell'atto è determinato.

La qual costruzione dà nuovamente ragion della teoria che ammette la possibilità di consentire ipoteca per via di testamento: question dibattuta e spesso risoluta in senso contrario a quella qui accolta, perchè la legge non d'ipoteca volontaria, bensì d'ipoteca convenzionale tien parola. Del quale argomento è inutile che qui nuovamente si discorra: basterà dire, che la legge, regolando l'istituto dell'ipoteca, ha provveduto a quel modo che più generalmente può occorrere per la creazion del rapporto, ma non poteva con ciò ristringere, senza snaturarlo, il contenuto degli atti idonei ad accogliere con forma speciale la volontà generale di disporre. Ha cioè regolato la forma della manifestazion di volontà diretta specialmente a creare l'ipoteca; cosicchè, se questa fosse creata in un testamento, validamente lo sarebbe qual modo di disposizione contenuto in un atto col quale del patrimonio intero si può disporre, o delle cose speciali che lo compongono: la creazion dell'ipoteca sarebbe parte della *disposizione testamentaria*, e perciò le forme statuite per l'esistenza del testamento possono ben contenere anche questa disposizion particolare.

Vien così giustificata la creazione dell'ipoteca fatta nel testamento olografo: e se questa forma valevolmente può contenerla qual disposizione testamentaria, s'intende che basterà presentare il testamento al conservatore delle ipoteche affinchè proceda all'iscrizione. Cosa rileva il dire, che il testamento olografo è scrittura privata, e senza il concorso delle formalità dianzi descritte (1), non è per sè titolo sufficiente a richiedere l'iscrizione? Nella specie non si ha, lo si avverta, una semplice scrittura privata, che, sebben forma bastevole alla creazione dell'ipoteca non lo è per costituirla, ma si ha un *testamento*: e male si scruta questa forma a fin di ridurne l'importanza, offendendosi con ciò la legge, che di una *spe-*

(1) V. il rinvio fatto nella n. preced.

Digitized by Google

ciale scrittura privata (*speciale* per gli elementi necessari a darle esistenza) ha fatto una *special forma di testamento*. Non è dunque un semplice scritto privato che sia esibito per ottenere l'iscrizione, bensì un *testamento*, al quale, per la natura sua distinta, non si possono nè debbono applicare le disposizioni sull'idoneità della scrittura privata a richiedere l'iscrizione.

281. Maggior gravità ha la question del sapere se ogni scrittura privata onde il diritto ipotecario ha origine, debba riunire gli elementi suindicati per la sua idoneità all'iscrizione, quando l'ipoteca appartenga alle tacite (tacitamente consentite, o *legali improprie*). Ancor qui, secondo avvenne di osservare, la ragion prima dell'onere è nella volontà delle parti, sebben causa diretta ne appaia la legge, che, argomentando dall'entità del rapporto costituito, *presume* il consenso a dar vita all'ipoteca: onde parrebbe dover bastare la presentazion dell'atto dimostrante il rapporto cui la legge fa inerire tal volontà, nè occorre che la scrittura privata, quando sia sufficiente pel rapporto costituito, abbia alcuno dei caratteri necessari a fin di richiedere l'iscrizione: si ha cioè un dato « rapporto » dove si contien la creazione del vincolo ipotecario, e quindi basterà ch'esso, e non la creazione *diretta* dell'ipoteca (che nella specie non vi è), sia accertato con le forme a ciò occorrenti (1).

Ed a mantenere questa soluzione (quando sia accolta) nei giusti termini, convien coordinarla alle disposizioni della legge intorno al tempo in cui l'iscrizione dev'essere effettuata, e perciò in qualche caso, alle norme governanti la trascrizione. Così, dell'ipoteca tacita (legale) conceduta all'alienante, parrebbe che la scrittura privata debba essere per sè sufficiente affinchè all'iscrizione si proceda: ma dove s'osservi che questa vien tolta d'ufficio dal conservatore delle ipoteche (2), quando gli sia presentato per la trascrizione l'atto contenente la vendita, par certo che la ragion dell'ipoteca deriva da un atto in cui debbono concorrere gli elementi richiesti a poterlo

(1) La difficoltà è stata già discussa nello studio speciale su queste ipoteche tacite. Pare che la teoria difesa risponda esattamente alla *causa* onde l'ipoteca ha origine: la concession della sicurtà inerisce al *rapporto* per via di legge (sebbene questa a ciò siasi persuasa considerando la volontà delle parti): basta dunque constatare l'*esistenza* del rapporto nella forma che a tal fine legalmente occorre. Cfr. (nei motivi) App. Agen 17 luglio 1894 (Dall., *pér.*, 1899, 2, 217).

(2) C. civ., a. 1985.

Digitized by Google

trascrivere. Nulla di ciò occorre invece per l'ipoteca del condividente, essendo la divisione atto dichiarativo di diritto, non soggetto a trascrizione: cosicchè dovrebbe bastare a fin di richiedere l'iscrizione, che all'officiale incaricato di effettuarla sia presentata la scrittura privata accertante divisione: e quando si fosse, pel valore, nei termini in cui la prova testimoniale è ammissibile (potendosi allora la divisione provar con tal mezzo) non sarebbe necessaria la presentazione di alcun documento, non occorrendone per legge alcuno a dar prova della divisione avvenuta.

282. La qual decisione, che par correttissima secondo le premesse esposte, dà ragion di dubitare della loro esattezza. Certo, a confortare il dubbio non avrebbe gran valore il dire che la legge ordina di non iscrivere l'ipoteca dell'alienante, quando il compratore presenti un atto pubblico o scrittura privata con le firme autenticate o riconosciute in giudizio, accertante l'avvenuta effettuazion degli oneri creati dall'atto di vendita, e che ciò dimostra come in ogni caso le formalità occorrenti per la creazion dell'ipoteca son altre da quelle necessarie a costituirla: e che, come la scrittura privata soltanto se confortata dagli elementi suindicati può impedir l'iscrizione (costituzione) dell'ipoteca dell'alienante, così la scrittura privata accertante il rapporto d'alienazione sia idonea a richiedere l'iscrizione, quando di uno di tali elementi sia munita. E non avrebbe gran valore, perchè la disposizion riferita è connessa all'obbligo imposto al conservatore d'iscrivere d'officio l'ipoteca del venditore al momento in cui gli sia presentato per la trascrizione l'atto di vendita: cosicchè, se contro il titolo da cui l'ipoteca deriva, ma che pur ha le forme necessarie per la trascrizione, si fosse potuto opporre un titolo privo di queste garanzie, grave sarebbe stata la contraddizione nel concetto della legge: e tal discordanza giustamente si evitò.

Piuttosto, la ragion del dubbio dev'essere ricercata nel modo generale tenuto dalla legge nel disporre intorno la *pubblicità* delle ipoteche, e nella separazion tra le forme occorrenti a creare l'ipoteca da quelle occorrenti a costituirla, sebben ciò più propriamente si riferisca all'ipoteca *volontaria* (1): pare, che non potendosi procedere all'iscrizione senza titolo, questo debba avere in ogni caso

(1) C. civ., a. 1985 cit.

Digitized by Google

quelle garanzie di forma esteriore che alla sua certezza son richieste. E quando s'osservasse, che posto tal dubbio, mal si potrebbe richiedere l'iscrizione in virtù del solo testamento olografo, si potrebbe rispondere che l'« *esecutorietà* » di quest' atto (1) induce, sebben provvisoriamente, la virtù sua in modo sufficiente a poter domandare l'iscrizione.

Tuttavia, la costruzion riferita, distinguente tra l'atto che direttamente crea l'ipoteca e l'atto in cui l'ipoteca è contenuta, cui cioè il diritto all' ipoteca inerisce per virtù di legge, è ben più netta: quantunque sembri assai efficace la distinzione tra la *forma del titolo*, sufficiente a crear l'ipoteca o a dare il diritto d'iscriverla, e la *forma* occorrente perchè l' *iscrizione si possa richiedere ed effettuare.*

283. Il titolo *creatore* dell'ipoteca, se affetto d'annullabilità, può esserne sanato in qualcuno dei modi consentiti dalla legge a tal fine (2): vien dubbio intorno al conoscere se, quando la sanatoria consista nella convalidazione espressamente fatta, il titolo idoneo a richiedere l'iscrizione sia l'atto annullabile, oppur l'atto contenente la ratifica, e però a qual dei due debbano riferirsi le cautele speciali ordinate rispetto alla scrittura privata. Parrebbe, che se l' atto viziato deriva la virtù sua dalla posteriore convalidazione, il *titolo* contenente la creazione dell'ipoteca sia quello che ha dato la sanatoria, e però esso e non il viziato, sia idoneo a richiedere l'iscrizione, e ad esso si debban quindi riferire le formalità esteriori su descritte; d'altra parte, siccome la convalidazione agisce retroattivamente per virtù intima sua, in modo da far scomparire il vizio onde l'atto anteriore era macchiato, sembrerebbe miglior dottrina l'affermare che la creazion dell'ipoteca procede direttamente dall'atto già annullabile, il quale sarebbe dunque il vero titolo idoneo alla richiesta dell'iscrizione.

Dove si consideri la virtù della convalidazione, ed il modo con cui opera, la seconda risoluzione par sia di molto preferibile alla prima: se poi si pensi alla forma richiesta perchè s'abbia validamente la conferma espressa, parrà miglior decisione questa dell'asserire all'atto già annullabile e sanato ed anche all'atto di convalidazione l' idoneità a poter domandare l'iscrizione. La forza

(1) C. civ., a. 914. V. su ciò la cit. mon. di Abello sull' *ipoteca testamentaria.*
(2) C. civ., a. 1300, 1309.

Digitized by Google

creatrice del rapporto è nel titolo convalidato; ma siccome l'atto di conferma deve ricordare l'atto da convalidare, e l'oggetto suo, ed esprimere la volontà di sanare il vizio incorso, anch'esso attesta efficacemente la creazione avvenuta: basta quindi che, al fine di richiedere l'iscrizione, uno di essi abbia le forme estrinseche a ciò necessarie (1).

284. Al titolare del diritto ipotecario deve interessare grandemente che la *costituzione* dell'ipoteca segua con la maggior urgenza, perch'è soltanto per essa che la sua garanzia acquista pubblicità e grado, rimpetto ad ogni atto ulteriore di disposizione sulla cosa che n'è oggetto. E però la legge, a fin di soccorrere a tal giusto interesse, coordinandovi le esigenze relative alla certezza del titolo onde nasce il diritto alla costituzion dell'onere, ha ordinato che quando l'ipoteca sia creata mediante atto pubblico (della sentenza si dirà in seguito), e questo sia ricevuto nel regno, si possa domandare l'iscrizione quantunque non sia ancor pagata la tassa di registro cui il titolo è soggetto, e quindi prima che l'officiale ricevente l'atto possa rilasciarne copia; ma le note che si debbono presentare per la domanda dell'iscrizione, come ora s'esporrà, debbono essere da lui certificate (2), e una terza nota sarà pur presentata affinchè il conservatore la vidimi, e la trasmetta immediatamente all'officiale incaricato di riscuotere la tassa (3).

285. All'iscrizione delle ipoteche legali proprie (alle *tacite* e legali non proprie s'è già accennato), basta la presentazion del titolo cui inerisce per beneficio particolare della legge il diritto alla sicurtà ipotecaria: il qual titolo, nei casi speciali cui tal favore si riferisce, è sempre atto ricevuto da pubblico officiale. Egualmente, la richiesta dell'iscrizione in virtù di sentenza, o di altro atto di

(1) Cosicchè, non occorre che a richiedere l'iscrizione si presentino entrambi gli atti (cons. PONT, op. cit., II, 981), oppure il solo atto convalidato (cons. LAURENT, op. cit., XXXI, 61): basta che uno soltanto, purchè *esistente* nella forma voluta, sia esibito. Altro è vedere, se l'iscrizione tolta per via di un titolo nullo per difetto di forma, sia convalidabile: lo affermano GILLARD, op. cit., n. 250; LABBÉ in *J. du Pal.*, 1881, I, 1153; App. Pau 16 marzo 1892 (*ib.*, 1893, 2, 125); ma la risoluzione è contraria al concetto ed allo scopo della forma. Cons. LAURENT, op. cit., XXX, 430; e v. pure GUILLOUARD, op. cit., II, 1007.

(2) C. civ., a. 1991.

(3) C. civ., a. 1946, 1991 in f.

Digitized by Google

giustizia amministrativa che vi sia equiparato, è valevolmente fatta con la presentazione della copia rilasciata dall'officio competente. E come ancor qui possono occorrere le considerazioni di urgenza rispetto alla costituzion del vincolo ipotecario già avvertite discorrendo dell'ipoteca creata per via di atto pubblico, del quale non sia stata pagata la tassa di registro: così, con le stesse cautele descritte (1), quando per l'atto producente ipoteca legale o giudiziale la tassa sia ancor dovuta, si potrà richiedere l'iscrizione senza esibire il titolo.

286. La presentazion del titolo per cui si chiede l'iscrizione, è *assolutamente* necessaria, così da vietarsi al conservatore d'iscrivere l'ipoteca quando essa non avvenga, oppure potrà ben egli procedere all'iscrizione *senza* domandare il titolo che dà non soltanto *certezza*, ma fondamento alla richiesta, salvo il diritto degli interessati a far dichiarare l'invalidità dell'iscrizione, dimostrata priva di titolo che la giustifichi? La questione venne risoluta in quest'ultimo senso (2), considerando che la certezza del titolo, in virtù del quale sia richiesta l'iscrizione, interessa soltanto l'officiale che deve effettuarla: pei terzi par suffificiente avviso la pubblicità dichiarante lo stato in cui rispetto ai gravami ipotecarî è la cosa, ed accertante l'esistenza di questi, o di altri diritti reali costituiti su di essa.

Ragionamento non buono, e decisione non fondata. L'esibizione del titolo non è fatta soltanto per sincerare il conservatore delle ipoteche della ragion su cui è fondata la domanda del richiedente, ma interessa gravemente e direttamente anche i terzi: ai quali, se non fosse ordinata, la pubblicità sarebbe inutile presidio. Che im-

---

(1) C. civ., a. 1991, cit.

(2) Merlin, *Rép.* cit., v. *Inscript. hyp.*, § 5, n. 6; Aubry et Rau, op. cit., III, § 275; Troplong, op. cit., III, 677; Pont, op. cit., II, 940; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1627. S'argomenta pure tal soluzione, dall'affermare che non è nulla (nessun testo di legge statuendo la nullità) l'ipoteca tolta dal conservatore senza richiesta; ma si può ben osservare, che la nullità può esistere anche implicitamente pel modo con cui l'ordinamento legale è condotto: e che tal facoltà del conservatore (all'infuori del caso riferentesi all'ipoteca legale dell'alienante, C. civ., a. 1985), si può soltanto spiegare quando egli assuma officio di *gestore d'affari* dell'interessato, e non per la qualità che gli viene dalla pubblica funzione ch'esercita.

Digitized by Google

porta risulti l'iscrizione di un gravame ipotecario, se questo non ha titolo, ed indebitamente venne reso *pubblico* per la buona fede, o la compiacenza del conservatore incaricato di così delicato officio? Il fine stesso della pubblicità con ciò verrebbe meno: mentr'essa intende a che ogni interessato sappia il vero stato della *cosa* ch'è oggetto del negozio o dell'atto che vuol compiere, la pubblicità eseguita senza il titolo effettivamente presentato, può far credere ad una situazione che realmente non è. Perciò la legge non lascia in facoltà del conservatore il decidere se la presentazione del titolo ond'emana il diritto all'ipoteca, sia o no necessaria: e par gli vieti di procedere senza di esso all'iscrizione, proibendogli di accettare scritture private non munite delle cautele già descritte, dove provvede pel caso che non sia possibile ancora di aver copia dell'atto, o della sentenza (1). Così riman pure evitata la serie di procedure giudiziali, cui l'ingiustificata iscrizione darebbe certamente causa.

287. Al titolo, il richiedente deve unire due *note* di richiesta d'iscrizione, il cui contenuto verrà ora determinato nelle sue singole parti: la *nota* (che dev'essere dunque presentata in doppio originale, perchè, eseguita l'iscrizione, una, con scrittovi a calce il certificato che l'attesti, dev'essere restituita al richiedente insieme ai documenti presentati) è la domanda che l'interessato fa perchè, secondo il titolo ch'egli esibisce, si proceda dall'ufficiale competente alla *costituzion* del rapporto d'ipoteca per via dell'*iscrizione*.

Secondo il titolo, s'è detto: e la relazione tra la *domanda* ed il *titolo* ha fatto sorgere il dubbio, se, quando il titolo sia *cumulativo*, nel senso che a favore di una stessa persona sia nel medesimo *titolo* contenuta concession d'ipoteca per diverse cause, o che a favore di più persone sia fatta tal concessione per la medesima causa, basti alla validità della domanda una sola richiesta, oppure piu richieste occorrano quante son le cause, o le persone cui il diritto ipotecario si riferisce. E a gran parte dei dottori è parsa preferibile la risoluzione che una sola richiesta abbisogni: persuasi a ciò dal pensare, che non soltanto identico, ma uno è il titolo onde l'ipoteca trae la ragion di essere, e che il diverso

(1) C. civ., a. 1991 cit.

Digitized by Google

avviso indurrebbe, con la possibilità d'iscrizioni effettuate con vario grado, disparità tra persone o cause ugualmente considerate nella concession d'ipoteca: a parte poi l'inevitabile aumento di spesa cagionato dal richiedere separatamente le iscrizioni, e che la legge stessa mostrò di non volere, quando concedette che una delle note si possa iscrivere a calce dello stesso titolo giustificante la richiesta (1).

A risolvere la questione, argomentando dall'ordinamento dato alla *pubblicità*, e dalla considerazion del titolo creativo del diritto d'ipoteca, par si debba porre il principio che una sola richiesta sia non pur bastevole, bensì necessaria (nel senso che l'interessato non possa presentarne di più), quando, ancorchè per diverse cause, l'atto contenga la creazion di più ipoteche tra le *medesime persone*. Difatti, la pubblicità è vôlta a far conoscere qual sia la condizion del debitore rispetto alle cose sue o ch'egli dice sue, e quanto gli sia effettivamente rimasto di esse in seguito ad atti di disposizione valevolmente effettuati, e conservati: ora, quando la stessa persona più ipoteche ha consentito, sebben per varie cause, nel medesimo atto, ed allo stesso creditore, il fine della pubblicità è ottenuto se per queste diverse ipoteche una sola richiesta sia presentata. Corretta è dunque la decisione data alla prima delle due ipotesi esposte: ma non par così la seconda, perchè, quantunque la *persona* contro cui l'iscrizione è richiesta sia la medesima rimpetto ai varî creditori, è pur vero che tante son le ragioni ipotecarie quanti i varî titolari cui spettano, e la diversità dei rapporti deve così indurre la pluralità delle richieste. S'eccettui, per l'entità stessa del rapporto cui l'ipoteca accede, il caso sia questa vôlta a garantire un credito solidale: dominando in tal negozio, nonostante la pluralità soggettiva, l'unicità nell'oggetto del *credito* pel quale è costituita la sicurtà (2).

288. La legge (3) enuncia quali indicazioni debban le note contenere: e il cui insieme è diretto a render noto rispetto a quali persone, a quali cose, per qual valore e per qual causa (titolo) il rapporto reale d'ipoteca esista. E son le seguenti:

1) *nome, cognome, professione* (se ne abbia) e *paternità* del

(1) C. civ., a. 1987 cit. Aubry et Rau, op. cit., III, § 276; Pont, op. cit., II, 953; Thézard, op. cit., 146; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1629.

(2) Cons. Baudot, *Tr. des formal. hypoth.* (Paris 1845, 3ᵉ éd.) I, p. 356 e segg.

(3) C. civ., a. 1987.

Digitized by Google

creditore: tutti gli elementi dunque pei quali riman determinata nella sua identità la persona del creditore originario, o di chi gli succedette. Che potrebbe essere una persona giuridica: e allora basta sia essa designata col nome speciale ond'è distinta, nè occorre, quando avesse figura corporativa, la designazion degli individui che la compongono (1). Si può anche ritenere possa bastare il nome col quale l'associazione è conosciuta, sebbene non costituita in persona giuridica, pensando che tal denominazione valga non a designare un soggetto distinto non esistente per sè, ma ad indicare in modo abbreviativo le persone singole cui l'ipoteca in realtà spetta: e qui, diversamente da quel che avvenne di scrivere rispetto alla pluralità di creditori determinati, basterebbe una sola richiesta: purchè, come si dirà in seguito, da tal designazione non venga dubbio irreducibile relativamente alle persone che sian titolari del diritto ipotecario (2);

289. 2) il *domicilio reale* o la *residenza* del *creditore*, concorrendo tal notizia a meglio determinare la persona, e potendo poi avvenire sianvi persone interessate a saperla, a fin di notificarvi validamente taluni atti: così, la notificazion dell'atto vôlto a determinare pel creditore offerente la surrogazion legale (3), dev'essere fatta nel luogo or accennato;

290. 3) *il domicilio che il creditore ha eletto* nella giurisdizion del tribunale da cui dipende l'uffizio delle ipoteche: elezione ed indicazione necessarie, avendosi atti riferentisi all'esistenza ed all'effetto dell'ipoteca (p. es. alla purgazione), che si debbono notificare al domicilio eletto; ch'è pur il criterio determinante l'autorità giudiziaria competente a giudicare delle azioni cui l'iscrizione ipotecaria può dar causa (4). Si debbon quindi effettuarvi le notifi-

(1) Cons. rispetto alle società commerciali, LAURENT, op. cit., XXXI, 47; PONT, op. cit., II, 963; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 1638.

(2) Se le persone nel cui interesse l'iscrizione è tolta, son sufficientemente individuate con la denominazione collettiva, non v'è motivo plausibile a sostenere l'invalidità della costituzion dell'onere. S'è pur deciso, che l'ipoteca spettante al *de cuius*, ben si possa iscrivere a nome dei suoi eredi *collettivamente* designati: LAURENT, op. cit., XXXI, 46; PONT, op. cit., II, 531; PROUDHON, op. cit., III, 1040; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 1610, 1639.

(3) C. civ., a. cit.; a. 1260, 6°; a. 1999 in f.

(4) C. civ., a. 1999.

Digitized by Google

cazioni relative a tali atti, o, per qualsiasi altro motivo, all'iscrizione ipotecaria (1).

Così, dal concetto della *realità*, ch'è nel diritto d'ipoteca, e che nell'ordinamento legale determina la competenza degli uffici ipotecarî a procedere all'iscrizione, è derivata al creditore la necessità dell'elezion di domicilio: tant'è, che se non fosse fatta, la si *presume* seguìta presso l'ufficio delle ipoteche in cui l'iscrizione venne effettuata, dove perciò si *possono* validamente fare le citazioni e le notificazioni or descritte (2). E avvenuta l'elezione, la ragion della volontà determinante il domicilio elettivo, e la considerazion dell'interesse ad eleggerlo, ch'è tutta del creditore, mostrano come questo possa liberamente cangiarlo, sostituendo a quello già eletto nell'iscrizione, un altro che *sia sempre nella medesima giurisdizione* (3): la dichiarazion di cangiamento deve risultare, per la certezza dell'atto, da titolo autentico o da scrittura avente la firma autenticata, e rimaner in deposito nell'uffizio del conservatore, che deve annotare a calce dell'iscrizione il mutamento avvenuto. Il creditore ha facoltà di effettuare questa variazion di domicilio direttamente, o per mezzo di mandatario: e spetta essa parimenti ai suoi successori (eredi e cessionari).

Può avvenire, che seguìta l'elezione del domicilio, o la variazion descritta, venga a mancare la persona, od a cessare l'uffizio presso il quale l'elezione o la variazione seguì: in questi casi, quando il creditore od il mandatario, o gli eredi, o gli aventi causa non provvedano, s'intende mantenuta l'elezione presso l'uffizio dove l'iscrizione è stata eseguita (4). Parrebbe che in tal modo si debba pur provvedere pel caso sia revocata l'elezion di domicilio, coordinandosi così la libera volontà del creditore rispetto al cangiamento, all'interesse dei terzi: ma par più corretto decidere, che se la variazione è permessa quando all'antico luogo sia sostituito un altro domicilio nella stessa giurisdizione, la semplice revoca senza tal sostituzione non valga: e rimarrà valida l'elezion già fatta, tranne il caso che la persona o l'uffizio presso cui avvenne cessino d'esistere, dovendosi allor provvedere nel modo ch'è stato descritto (5).

(1) C. civ., a. cit.
(2) C. civ., a. 1999 cit.
(3) C. civ., a. 1995.
(4) C. civ., a. 1999.
(5) Contrariamente alla decisione accolta nel testo, si potrebbe ben dire che la

Digitized by Google

291. 4) il *nome*, il *cognome*, la *professione* (se ne ha), la *paternità*, il *domicilio* o la *residenza* del *debitore* (originario, o della persona contro la quale valevolmente è richiesta ed effettuata l'iscrizione), o *del terzo concedente l'ipoteca*: pur qui possono occorrere le difficoltà cui s'è accennato nel discorrere intorno la designazion del creditore (1), e si debbono risolvere coi medesimi criteri. Questa indicazione concorre ad attuare la *pubblicità*, conoscendosi per essa la condizion della persona rispetto alle cose ipotecabili che le appartengono, in quali termini possa cioè esercitarvi ancora il suo poter di disposizione: così, chiunque v'abbia interesse sa qual credito vi si possa ancor consentire al debitore, e sa pure se veramente esistano le ragioni ipotecarie sulla cosa;

292. 5) la *data*, la *natura del titolo*, ed il *nome del pubblico ufficiale che lo ha ricevuto, od autenticato* (2): perchè del gravame ipotecario si dia intera certezza, non basta si conoscano le persone rispetto alle quali è costituito: occorre a ciò anche il *titolo* onde trae origine. E di esso debbono indicarsi gli elementi necessari a *formarlo*, perchè sia reso idoneo alla richiesta ed all'effettuazion dell'iscrizione: la data, la natura (se cioè sia tale da dar nascita all'ipoteca volontaria, oppure alla legale) e, quando occorra, il nome del pubblico ufficiale che ricevette l'atto, o che concorse soltanto ad autenticar la firma del concedente.

Dalla qual considerazione sulla funzion del titolo, e osservando pure che nelle note debbonsi ricordare queste formalità estrinseche riferentesi al titolo *creativo* dell'ipoteca, (3) appar nettamente che il titolo di cui si discorre è quello onde l'ipoteca trae la sua ragion di essere. Questione disputata (4), ma risoluta da dottrina ben preva-

---

revoca dovrebbe operare, secondo la sua struttura, come se l'elezione mai siasi fatta; ma è più corretto dedurre la facoltà del richiedente dall'intero ordinamento che la legge ha dato. Ora, ha egli il potere di cangiare il domicilio eletto con l'obbligo di sostituirne altro, e senza la sostituzione s'intenderà l'atto come non compiuto; par quindi, che il poter di revocare senz'altro l'elezione seguìta, non gli sia concesso.

(1) V. il n. 236.

(2) C. civ., a. 1987, cit.

(3) C. civ., a. 1978 cit.

(4) Cons. App. Agen, 18 luglio 1894 (Dall. *pér.*, 1895, 2, 212); Aubry et Rau, op. cit., § 276; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 1646; ma cfr. Troplong, op. cit., III, 682; Pont, op., II, 912.

Digitized by Google

lente nel senso qui accolto: soltanto, si deve avvertire che, pur attribuendo al *titolo* il significato ora espresso (perchè l'esaminare in che consista avviene in relazione al rapporto cui si riferisce, ch'è la costituzion del rapporto reale d'ipoteca), si dànno casi in cui il titolo creativo è contenuto nel medesimo atto costitutivo del credito, e casi in cui, per la natura stessa dell'obbligo ed in virtù di legge, esiste in quest'ultimo per la ragion di essere dell'ipoteca. E allora, se l'iscrizione ricorda questo *titolo* relativo al credito, non è a causa del doversi pur esso ricordare insieme al *titolo speciale* che alla ragion dell'ipoteca ha riferimento: ma pel fatto che questo è *contenuto* in quello, o per essersi così esplicata la volontà delle parti o del concedente, o per inerirvi la provvision della legge;

293. 6) *l' importare della somma dovuta:* qualunque sia la causa onde la costituzion dell' ipoteca trae la sua origine, è assolutamente necessario che l'iscrizione enunci « *la somma dovuta* », indicante qual *parte del valor della cosa* sia condizionatamente alienata per effetto dell' ipoteca: che dia cioè conoscenza della *somma garantita* (alle riduzioni possibili s' accennerà in seguito), perchè altrimenti la *pubblicità* dell' onere in relazione al credito dell'onerato, o degli stessi creditori, non avrebbe più scopo. L'enunciazione della *somma* comprende: *a*) il capitale: e può avvenire ch' esso risulti già dal titolo costitutivo o dichiarativo del credito, in modo certo, determinato, e in questi termini si dovrà allora indicarlo, osservando che se la ragion dell'obbligazione fosse condizionata, della condizion si dovrà dar notizia (1): ma può anche avvenire che sia indeterminato (p. es., in un'obbligazion di fare), e in tal caso, se con atto posteriore al titolo costitutivo o dichiarativo del credito non ne fosse fatta la determinazione certa (2), il creditore richiedente deve indicar nella richiesta la somma che l'ipoteca intende a garantire (3). Cosicchè, all'esistenza del gravame

(1) Qui la condizione inerirebbe alla stessa ragion del credito. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1401, 1402, 1652.

(2) C. civ., a. 1992. Con. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 128*bis*, III.

(3) E ciò qualunque sia la ragion dell' ipoteca, non potendosi escludere da tal necessità l'ipoteca giudiziaria, che alcuni ritengono valida, sebbene la quantità del credito non sia determinata nell'iscrizione: Duranton, op. cit., XX, 117; Troplong, op. cit., II, 648; ma cfr. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 128*bis* V; Pont, op. cit., II, 985; e v. C. civ., a. 1992 cit.

Digitized by Google

ipotecario, richiedendo la natura sua la designazion dei termini in cui il suo vero oggetto si contiene, occorre sempre l'enunciazione del *valore* garantito (alienato) cui si connette, non potendo esso, per tal rapporto di accessorietà, star da solo; salvo il diritto in chi v'abbia interesse, di opporsi alla fissazion così fatta dal creditore, secondo s'avvertirà in seguito. Su questo punto è occorsa difficoltà, e per la dizione ampia della legge potrebbe ancor sorgere, intorno al modo di designare la somma garantita, nel caso d'ipoteca tolta in sicurtà di una rendita od altra prestazione: se la rendita fosse costituita per via della dazion di capitale, nessun dubbio che l'accertamento di quest'ultimo indichi la *quantità* da enunciare nell'iscrizione, come la legge ordina nella costituzion del censo (1): negli altri casi, quando non fosse determinata d'accordo fra gli interessati la somma che l'ipoteca deve garantire, o quando nell'ipotesi di rendita redimibile non fosse determinata la somma a ciò occorrente, avendosi allora la fissazion volontaria del capitale da indicar nella richiesta (2), si dovrà valutare la prestazione, capitalizzandola in base alla quantità periodicamente dovuta (3). Si potrebbe, è vero, argomentare dal modo con cui la legge calcola l'interesse del creditore, nel caso che il debitore della rendita voglia redimerla, e non sia stato convenuto il prezzo a ciò opportuno (4): ma se questo interesse, quando le parti lo abbiano *fissato*, può dare il criterio determinante la somma da enunciar nella richiesta, pare invece, che se la fissazione non sia avvenuta, si debba seguire la provvision della legge (5) nell'ordinamento intorno la distribuzione del valore tra i creditori intervenuti alla procedura di graduazione. E la decisione accolta, è, per tale riavvicinamento, ampiamente giustificata.

La richiesta deve poi comprendere oltre all'enunciazion del capitale, quella degli *accessorî*: nel qual termine si contengono gl' *in-*

(1) C. civ., a. 1782.

(2) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1654.

(3) Come avvien della rendita vitalizia che non è redimibile: Laurent, op. cit., XXVII, 323; Aubry et Rau, op. cit., III, § 274; s'è tuttavia deciso non essere qui necessaria la determinazion del capitale, che, a ragion del credito, è incognita. App. Douai 16 maggio 1895 (*J. du P.* 1895, 2, 269). Sulla necessità di tal designazione, l'art. 1992 C. civ. *cit.*, non lascia dubbio; le difficoltà gravi o lievi sul modo di procedervi, non consentono eccezione alla regola, ben giustificata dalla descritta ragion dell'ipoteca.

(4) C. civ., a. 1784.

(5) C. civ., a. 2090, al.

Digitized by Google

teressi scaduti (degli interessi che debbono scadere e delle annualità che il credito producesse, si dirà in seguito) ed ogni altra ragion di credito che all'obbligazione principale si riferisca come a sua causa: così, le spese al cui rimborso il creditore avesse diritto, ed i danni che, per inadempimento o ritardo nell'esecuzion dell'obbligazione, gli fossero dovuti, son crediti accessorî cui s'estende, a motivo del carattere stesso che hanno, la sicurtà ipotecaria vôlta a garantire il debito principale. Ma se questa lor natura fa sì, che l'estensione ad essi della garanzia avvenga senza bisogno alcuno d'indicarlo nell'atto creativo dell'ipoteca (1), si deve tuttavia designarli per costituire la sicurtà: altrimenti la *pubblicità* ne avrebbe danno, interessando sia conosciuta nella sua interezza la somma garantita, l'alienazion di valore ch'è cioè nell'ipoteca. Ond'è, che, mancando tal indicazione, ben potrà il creditore richiedere un'altra iscrizione che garantisca gli « *accessorî* » del suo credito: la quale ipoteca avrà il suo grado dalla nuova costituzion seguita;

294. 7) *gli interessi o le annualità che il credito produce*: e la ragion dell'enunciazione che di queste parti del credito intero garantito dev'esser fatta nella richiesta d'iscrizione, è quella or avvertita, rispetto agli *accessorî* del capitale cui l'ipoteca ha tratto: e analizzandola ancor più si rileva, che se gl'interessi e le annualità scadute al momento dell'iscrizione, pur non perdendo la natura di *accessorî*, sembrano a ragion della seguita scadenza quasi aumento del capitale, gl'interessi non scaduti e le altre annualità dovute esprimono più fortemente tal carattere accessorio, accusando meglio l'entità di cosa derivante dalla natura intima del credito principale. Quindi, anche per essi non è necessario che la creazion dell'ipoteca espressamente vi si riferisca; ma l'iscrizione mal corrisponderebbe al fine suo della pubblicità, se non vi fosse indicata tutta l'estensione che il credito garantito può avere (2);

---

(1) Sulle decisioni esposte nel testo, a dichiarazion della voce « *accessori* » v. Cass. fr. 14 ag. 1833 (*J. du Pal.*, 1834, I, 37); Duranton, op. cit., XX, 123 e segg.; Aubry et Rau, op. cit., III, § 274; Laurent, op. cit., XXXI, 64; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 128 *bis*, IV; Troplong, op. cit., III, 683; Pont, op. cit., II, 991; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1660.

(2) Qual quantità d'interesse sia garantita dall'iscrizione tolta pel capitale, si dirà in seguito, descrivendo gli effetti della costituzion dell'ipoteca: qui basti osservare, che la costituzione dell'onere in sicurtà del capitale, si estende di pien diritto anche agl'interessi, nella misura fissata all'uopo dalla legge. C. civ., a. 2010.

Digitized by Google

294bis. 8) *il tempo dell'esigibilità del credito garantito*: e l'aver conoscenza di questo termine in doppio modo può interessare, secondo che lo si consideri rispetto al titolare del diritto onerato, od al creditore ipotecario. Perchè, o influisce nell' estimare il credito del debitore, quando l' interessato voglia scrutare s' egli nel frattempo potrà essere in grado di estinguere il credito, e quindi l'ipoteca anteriore gravante la cosa: o se volendo acquistar la cosa onerata, voglia misurare le convenienze sue e l'opportunità dell'acquisto, di fronte al pericolo del vedersi poi costretto al pagamento od al rilascio, dove non voglia far offerta di purga (1). E influisce pure sull'estimazion del credito dello stesso creditore, per l'interesse che altri possa avere a contrattar con lui la cession del credito ipotecario, od a conoscere qual'è o sarà la forza effettiva del suo patrimonio, pel caso che voglia costituir con lui alcun rapporto di obbligazione;

295. 9) Finalmente, *la natura e la situazione dei beni gravati*, dovendosi render pubblico l'onere garante la cosa, indicandola in modo da individuarla nettamente coll'accertarne l'identità in corrispondenza alla designazion fattane nei registri ipotecarî. Quali siano le indicazioni occorrenti perchè tal accertamento s'abbia, la legge stessa dichiara, ordinando che sian le medesime richieste a determinare l' immobile nell' atto creativo dell' ipoteca: la designazion cioè della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe censuarie, dove esistano, e di tre almeno dei suoi confini: elementi tutti che concorrono a dar l'individuazione specifica dell'immobile onerato, così, che ad ogni interessato sia facile di conoscerne la condizion giuridica. E con tal provvedimento suo, la legge ha tolto ogni dubbiezza intorno le indicazioni occorrenti alla designazion certa dell' immobile ipotecato (2): e bene; chè altrimenti avrebbe dato modo di discutere, se le enunciazioni necessarie a descriver l' immobile nella richiesta d' iscrizione e nell' iscrizione, abbisognassero della stessa determinatezza ch'è voluta per descriverlo nell'atto creativo d'ipoteca (3). Questione

(1) Tuttavia, se al momento dell'iscrizione il credito fosse già diventato esigibile, vien meno la necessità della designazion descritta. Cons. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 128bis; cfr. Duranton, op. cit., XX, 126.

(2) C. civ., a. 1987, 7°., 1979.

(3) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1664, e seg.; cfr. Pont, op. cit., II, 1004.

Digitized by Google

vana: non potendosi seriamente dubitare della necessità che il rigore delle indicazioni sia pur mantenuto all'iscrizione, dovendo nella *costituzione* reale del rapporto contenersi gli elementi tutti necessarî a determinare l'immobile sul quale è fissato; nè la *pubblicità* sarebbe davvero compiuta, quando fosse lecita una minor esattezza nel descrivere la cosa onerata.

296. La mancanza delle indicazioni descritte può generare l'*inesistenza* o l'*annullabilità* dell'iscrizione, a seconda dell'importanza ch'esse hanno rispetto alla determinazion certa dei termini costituenti il rapporto reale d'ipoteca: e perchè questi si riducono alle persone cui si riferisce il rapporto, alla cosa di cui è alienato il valore, ed alla quantità del valore che nell'ipoteca è contenuto, s'intende, che l'omissione di alcuno di essi, od il difetto occorso nell'enunciarli, debbano produrre l'*inesistenza* dell'iscrizione (costituzione del rapporto), quando la mancanza induca l'*assoluta incertezza* del termine rispetto al quale occorse. Non si richiede dunque, che l'indicazion degli elementi or descritti segua con rigore formalistico nell'ordine tenuto a dichiararli, corrispondente alla disposizion ch'è nella legge: purchè sia fatta, non si bada al modo osservato per esprimerla, non consistendo nell'inosservanza di tal modo speciale, bensì nel *difetto dell'indicazione,* e nell'incertezza *assoluta* (1) che ne derivi, la ragion vera dell'inesistenza del rapporto.

Il quale ordinamento, se dà in questa parte valor di legge alla dottrina che dall'incertezza irremediabile deduceva la ragion d'inestenza delle note e quindi dell'iscrizione (2), separa, con giusto criterio, tal effetto dell'omissione e dell'inesattezza dall'altro dalla semplice annullabilità sanabile: quando il difetto avvertito si riferisse agli altri elementi della richiesta e dell'iscrizione, non servendo essi a costituire il rapporto, non produrrà inesistenza, nonostante l'omissione o l'incertezza assoluta delle indicazioni relative: e sull'istanza ed a spese della parte interessata, potrà esserne ordinato

(1) C. civ., a. 1998.

(2) Sull'esplicazione di questo concetto, e sulle gravi incertezze della giurisprudenza francese nel determinare a quali elementi dell'iscrizione si riferisca il carattere di necessità assoluta, e però la conseguenza della nullità insanabile in caso di lor difetto, v. gli Aut. cit. nelle n. a p. prec., op. e l. cit. La regola posta dalla legge, e ricordata nel testo, dà modo esatto di distinguere secondo la rispettiva importanza, i tre ordini di enunciazioni.

Digitized by Google

il supplimento, o la rettificazione. E sebben la legge, disponendo la possibilità della sanatoria, dica soltanto della *rettificazione*, quasi che la mancanza assoluta dell'indicazione induca l'inesistenza dell'atto, non cadrà dubbio intorno l'estension sua, dove si osservi che la voce *rettificazione* è intesa in significato ampio, corrispondente alle due cause espresse d'invalidità cui si riferisce, e cioè l'*omissione*, e l'*inesattezza* (1): e giustamente, s'è detto, la sanatoria è così largamente concessa, perchè il criterio separatore dell'importanza tra le indicazioni richieste è condotto sulla considerazion dell'influenza ch'esse hanno nella costituzione del rapporto ipotecario, e di quanto è bastevole alla notizia e all'interesse dei terzi.

Uno special modo di sanatoria concerne l'elezion di domicilio: s'è già detto che il difetto dell'elezione non abbisogna di rettifica veruna, provvedendo a ciò la legge col presumerla seguita, a scopo di alcune notificazioni e citazioni, nell'uffizio delle ipoteche presso cui l'iscrizione venne tolta (2). Con la qual provvisione è pienamente raggiunto lo scopo dell'elezione.

297. Il conservatore delle ipoteche, presso il cui uffizio sia stata fatta la richiesta, eseguisce l'iscrizione, e, salvo il caso speciale del titolo consistente in una scrittura privata, il cui originale non sia depositato presso un notaio (3), quando l'abbia eseguita restituisce al richiedente il documento esibito, ed una delle note constatanti l'iscrizione effettuata, secondo la data ed il numero d'ordine (4): e ancor prima che sia effettuata, e pel solo fatto della richiesta, deve dar al richiedente la ricevuta in carta libera e senza spesa (5), accertante la consegna fattagli delle note e del titolo esibito, e il numero d'ordine che la richiesta ha nel registro generale. Così, l'interesse del richiedente, e la sollecitudine sua a non essere prevenuto da altre iscrizioni o da trascrizioni che invalidderebbero la sua iscrizione, è pienamente garantito.

La richiesta fatta con la presentazion delle note, è annotata dal conservatore nel registro generale o d'ordine al momento della con-

(1) C. civ., a. cit.
(2) V. il n. 288; Cod. civ., a. 1999.
(3) C. civ., a. 1989.
(4) C. civ., a. 1988.
(5) C. civ., a. 2071.

Digitized by Google

segna (1); e secondo le norme indicanti il modo di tenerlo, vi è espresso il numero d'ordine, il giorno della richiesta, la persona dell'esibitore e quella per cui mezzo la richiesta vien fatta, i titoli e le note presentate, l'iscrizione (ch'è l'oggetto della presentazione), e la persona contro cui è domandata; l'iscrizione è poi effettuata nei registri speciali delle iscrizioni, che debbono essere tenuti con tutto il rigore delle forme statuite a far fede che nessuna sostituzion di fogli od altra alterazione sia possibile. Ora, potrebbe avvenire che tra l'annotazione fatta nel registro generale e l'iscrizione esistente nel registro speciale sia discrepanza: e v'è dubbio rispetto al sapere a qual dei due registri si debba dar fede (2). Non grave a dir vero, perchè il registro generale o d'ordine è pur esso pubblico, e rivestito perciò della stessa autorità ch'è data al registro speciale: ond'è, che invano si pensa aver esso molto minore importanza, qual registro giornaliero in cui l'ufficiale annota, quasi sommariamente, gli atti che nei registri speciali, pel modo con cui vi sono impostati, hanno la consistenza formale che secondo legge è necessaria: l'annotazion fatta nel registro giornaliero fissa già tal consistenza, ed è in relazione ad esso che nel registro speciale ne son poi enunciati i termini con maggiore larghezza (3).

298. Del credito garantito dall'ipoteca può esser fatta cessione o surrogazione, od operato il pignoramento: e allora, in conseguenza del carattere di *accessorietà* (impropria) asserita alla ragione ipotecaria, il cessionario od il creditore avranno pur diritto sulla sicurtà onde il credito è garantito: e, per la stessa considerazione, non è loro imposta la necessità di render pubblico il fatto onde tal diritto acquistano. L'esistenza dell'ipoteca risulta già dall'iscrizione avvenuta, e seguendo essa il credito per la natura sua, non occorre rispetto al fatto che produce mutazione nella persona del titolare, quel bisogno assoluto di pubblicità avvertito: per la cosa principale, ch'è il *credito*, osservate le forme richieste affinchè la cessione, o la surrogazione, od il pignoramento esistano anche in

(1) C. civ., a. 2072, 2073.

(2) Cons. e cfr. sulla possibilità di provare contro quel ch'è enunciato nel registro giornaliero, Troplong, *Comm. sur la transcr.* cit., II, 519; App. Nancy. 16 maggio 1894 (*J. du P.* 1894, 2, 191).

(3) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1440; III, 2073 e segg.

Digitized by Google

riguardo ai terzi, il rapporto ipotecario segue senz'altro il nuovo creditore, segue la sorte del credito, ed i terzi dalla costituzione originaria dell'ipoteca possono ben conoscere lo stato della cosa onerata di sicurtà. Potrebbero invece avere interesse a dar notizia della mutazion seguita, anche in rispetto all'ipoteca, il cessionario, il surrogato ed il creditore che fece eseguire il pignoramento, a fin di ricever essi le notificazioni tutte concernenti il rapporto ipotecario: hanno perciò *facoltà* di far annotare in margine od in calce dell'iscrizione tolta dal loro autore, la cessione, o surrogazione, o pignoramento seguito (1). E basta all'uopo che presentino al conservatore l'atto relativo, che s'è scrittura privata o atto ricevuto all'estero, dev'essere munito delle forme cautelari già descritte (2): avvenuta poi l'annotazione, le intimazioni o notificazioni che occorresse di fare in dipendenza dall'iscrizione, debbono seguire al domicilio *eletto* da chi l'ha richiesta (e, in difetto di elezione, all'uffizio delle ipoteche presso cui l'iscrizione fu presa), per quel che concerne il suo interesse: non altro è difatti, secondo s'è osservato, il fine dell'annotazione, e della facoltà di richiederla.

L'ordinamento or descritto, è composto tutto in relazione al criterio di accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito: ma quando si consideri, che se pur non essendo possibile l'esistenza dell'ipoteca senza una ragion di credito che sia vôlta a garantire, dopo ch'è costituita apparisce, per l'alienazion di valore che vi è contenuta, come rapporto a sè, quasi indipendente, si vedrà facilmente quanto avrebbe meglio risposto al fine giuridico dell'ipoteca, ed all'oggetto suo, la necessità che di ogni mutazion del titolare si desse notizia per via di nuova iscrizione. Considerazione ancor più forte nel sistema della pubblicità effettuata per via dei libri fondiari: fatta riserva per l'ipoteca detta di sicurtà (3), il rapporto reale ipotecario che vi è inscritto acquista una consistenza giuridica indipendente, e la cession del credito non ha rispetto ad esso alcuna efficacia modificatrice, senza l'iscrizione della variazion seguita: in difetto, la fede pubblica del libro fondiario dovrebbe indicar l'antico titolare qual soggetto del diritto reale d'ipoteca (4).

(1) C. civ., a. 1994.

(2) C. civ., a. cit.

(3) C. civ. germ., §§ 1184 e segg. Cons. BIERMANN, op. cit., su q. §; ENDEMANN, op. cit, II, § 129.

(4) C. civ. germ., § 1154. L. cit. sul *Grundbuch*, a. 26. V. i *Motiv.* cit. sulla

Digitized by Google

299. Le leggi speciali statuiscono le forme occorrenti per la costituzion del pegno navale, e dell'ipoteca sui titoli nominativi di rendita. La *creazione* dell'onere sulla nave o parte di essa, deve risultare da scrittura (1), anche all'ordine, e la *costituzione* avviene con la trascrizion del titolo (richiesta con *domanda* dell' interessato) nei registri dell' ufficio marittimo presso cui è iscritta la nave, se l'atto è seguìto nel regno: o nei registri del regio consolato del luogo ove si trova la nave, se invece è seguìto all'estero, ma con l'obbligo al console di trasmetterne subito all' ufficio marittimo la copia autentica. In entrambi i casi, della costituzion del pegno si dà notizia nell'atto di nazionalità: che stabilisce lo stato, l'essere giuridico della nave, e deve così accertare quanto a tal condizione intimamente si riferisce.

Anche sulle navi in costruzione si può dar pegno, e la trascrizion della scrittura che lo creò dev'essere eseguita sui registri dell'ufficio marittimo nel cui compartimento si fa la costruzione (2): a costruzion compiuta ne sarà poi curata l'annotazione nell' atto di nazionalità che verrà rilasciato alla nave. E si può dar anche sulle navi minori non destinate ad uscire dai porti, dalle rade, dai fiumi, dai canali o dai laghi, ed altre non provvedute d'atto di nazionalità: ma ancor qui la ragion della pubblicità esige che il rapporto esista rimpetto ai terzi (3), quando dell'atto creativo del pegno sia operata la trascrizione in appositi registri.

Così, pur in quest'ordinamento, la necessità che la creazione dell'ipoteca *speciale* risulti da atto pubblico o da scrittura privata, risponde all'importanza del rapporto cui si dà nascita: s'avverta che la scrittura privata è idonea a domandarne la trascrizione, se appaia confortata delle cautele già descritte (4). La competenza dell'ufficio è poi fissata secondo il criterio di territorialità che già occorse di segnalare (5), vôlta la trascrizione com'è allo stesso fine della pubblicità, ch' è scopo all' iscrizione. La legge dichiara qui espres-

---

1ª lez. del Prog., s. § 1087). Cons. Stobbe, op. cit., II, § 113²; Roth, op. cit., III, § 315; Achilles, op. cit. sul § 38³ della L. ipot. pruss.; Biermann, op. cit. su q. §.

(1) C. di comm., a 485 e segg.; Regol., a. 68-70; Regol. per la mar. mercant., a. 362 e segg.

(2) C. comm., a. 486.

(3) C. comm., a. 485 *al.*

(4) Regol. per la mar. merc., a. 376, 381.

(5) Regol. per la mar. merc. 362; C. comm., a. cit.

Digitized by Google

samente, che la trascrizione vale a render efficace il pegno rimpetto ai terzi: che ciò non debiliti la costruzion proposta sull'entità dell'iscrizione, s'è già detto: e le considerazioni esposte dichiarano bastevolmente i dubbî che rispetto a tal dichiarazione potessero sorgere (1).

300. La legge sul debito pubblico consente che il certificato di rendita *nominativo* (alla commerciabilità ed al movimento dei titoli al portatore darebbe grave ostacolo l'onere ipotecario) si possa vincolare ad ipoteca, purchè *volontaria* (2), e per una volta soltanto (3): restrizioni ben giustificate da motivi d'ordine amministrativo, dalla necessità cioè d'impedire che una gestione così estesa e delicata qual è quella che sovrintende all'istituto del debito pubblico, sia in qualche modo intralciata, o tratta in difficoltà da questioni giudiziarie, come avverrebbe se il poter di vincolare l'iscrizione nominativa fosse lasciato senza limiti. Ed è questo bisogno di speditezza e di sincerità nell'amministrazione, che concorre pure a dichiarare l'ordinamento della contabilità di Stato, limitante il pignoramento degli stipendi dovuti ai funzionarî.

Ancor qui l'ipoteca speciale volontaria può essere creata per atto pubblico, o dichiarazione (*scrittura privata*) certificata (*autenticata*) in quel modo particolare che la legge esige (4): e vien costituita mediante *annotazione* sull'iscrizione onerata, e sul certificato relativo (5). Alla qual costituzione si procede in seguito a domanda dell'interessato, ed al deposito che insieme sia fatto del titolo creatore del vincolo ipotecario, e del certificato dell'iscrizione (6):

---

(1) V. su quest'argomento le considerazioni fatte ai nn. 84 e segg. Si può soggiungere, che la formalità della *trascrizione* ha richiamato il concetto posto nella legge civile in rispetto a tal forma, ordinato *a dar virtù* all'atto di fronte ai terzi (C. civ., a. 1933); si può ancor dire, che la limitazione non offende l'entità del pegno considerato nel suo scopo *economico*, ch'è la priorità del creditore cui spetta, nella liquidazion della cosa su cui è costituito: perchè in confronto al concedente (eccezion fatta pel caso d'ipoteca legale), o l'elemento patrimoniale inerente al rapporto obbligatorio, o il vincolo derivante al concedente dallo stesso atto creativo del pegno, *giustificano* l'azion del creditore indipendentemente dalla *reale* consistenza del diritto di sicurtà.

(2) L. 10 luglio 1861, a. 24, 29.

(3) L. cit., a. 28.

(4) L. cit., a. 24.

(5) L. cit., a. 26.

(6) Regol. 8 ott. 1870, a. 104.

Digitized by Google

altrimenti, il semplice deposito del titolo non vieterebbe al titolare di concedere, con diritto di priorità, altri vincoli sull'iscrizione, mediante dichiarazione autentica scritta sul certificato (1).

§ 5.

La responsabilità del Conservatore delle ipoteche.

SOMMARIO. — **301**. Ragione e termini di questa responsabilità. Rispetto all'obbligo di accettar la domanda d'iscrizione. — **302**. Cont. — **303-304**. Cont. — **305**. Rispetto all'obbligo di effettuar l'iscrizione. — **306**. Rispetto all'obbligo di rilasciare i certificati. — **307**. Rispetto alle variazioni o cancellazioni domandate. — **308-309**. Colpa. — **310**. A chi spetti l'azione.

301. Se alla parte interessata è concesso di richiedere la *pubblicità*, onde il diritto suo acquista consistenza, l'effettuarla, a ragion del grande interesse pubblico legato alla certezza dei diritti ch'è fondamento alle contrattazioni, è geloso còmpito dello Stato: il quale vi provvede mediante un officio speciale, incaricato di quanto alla *pubblicità* si riferisce, e che l'effettua con la tenuta dei registri generali e speciali (2), col darne conoscenza a chiunque voglia, e rilasciando, a chi ne faccia richiesta, il certificato di quel che i registri contengono sulla posizion giuridica di una persona rispetto a determinate cose. E perchè l'effettuare questa pubblicità, ed il modo di compiere al fine che v'inerisce, si svolge nell'interesse diretto dei privati, in quanto ne dipende l'acquisto del diritto reale, o ne vien determinata la scienza occorrente a consentire certi atti, così rispetto a questi due uffici della pubblicità è ordinata dalla legge la responsabilità del conservatore che vi attende (3).

La qual responsabilità è fondata sui medesimi principî determinanti la figura del fatto illecito non contrattuale: e, sebbene all'ordinamento che governa quest'ultimo non sia fatto nella legge accenno veruno, n'è special modo di essere, perchè la responsabilità del conservatore non s'accorda ad una relazion contrattuale esistente tra lui ed il privato richiedente, sibbene al dover suo verso

(1) Regol. cit., a. cit.
(2) C. civ., a. 2071, 2072.
(3) C. civ., a. 2067.

Digitized by Google

il pubblico: il privato ha il diritto di fissare il suo acquisto, o di conoscere come la condizion del titolare rispetto ad una data cosa risulti dai registri, per poi risolversi a fare o non fare certi atti. Perciò, il conservatore che agisca contro a tal diritto, o respingendo una domanda che debba essere accolta, o tenendo scorrettamente i registri serventi a tal pubblicità, o dandone inesattamente notizia a chi ne lo richiegga, commette ingiuria (*ing. oggettiva*): della quale, quando a lui sia imputabile (*ing. soggettiva*), deve rispondere (1).

Le cause inducenti l'ingiuria oggettiva, il fatto illecito, hanno particolar designazione nella legge: che indicando quali obblighi incombano al conservatore, dà modo di determinare quali siano i *diritti* dei privati che dal fatto o non fatto del pubblico ufficiale possano ricevere offesa. Di essi, che si connettono tutti al criterio generale esposto, vien data ora speciale notizia.

302. 1) Il primo degli obblighi imposti al conservatore, è di ricever le *note* contenenti la domanda d'iscrizione ipotecaria (2). S'è considerata così la condizion del conservatore, l'officio suo rispetto alla richiesta, avendo egli il solo incarico di eseguire l'iscrizione, di dar cioè *pubblicità* al diritto d'ipoteca, secondo i termini della domanda e dei titoli legalmente idonei a giustificarla (3): d'altra parte, s'è pur considerato l'interesse del richiedente alla sollecita fissazion del suo diritto, mediante la pubblicità domandata pel suo atto d'acquisto. In relazione al primo di questi due criterî, il conservatore non può in alcun modo conoscere o discutere del *merito* dell'atto: a lui basti che il *titolo* onde l'ipoteca ha origine abbia i caratteri *estrinseci* ordinati a darne certezza, sia cioè atto pubblico, oppur scrittura privata avente le cautele speciali descritte, e s'è atto ricevuto all'estero sia munito delle forme dirette a dargli autorità nel regno; rispetto poi alla compilazion delle note, è sufficiente ch'esse esprimano (senza indagare se l'enunciazione sia errata, che' questo sarebbe modo di esaminare il merito) i termini

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 269; Martou, op. cit., IV, 1613; Troplong, op. cit., IV, 1000; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2614. Cass. fr. 7 dic. 1892 (Dall. *pér.*, 1893, 1, 207); App. Nancy, 15 dic. 1891 (*ib.* 1892, 2, 54).

(2) C. civ., a. 2069. Cons. Pont, op. cit., II, 1434; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2602.

(3) C. civ., a. 1989-1991 cit.

Digitized by Google

fondamentali su cui l'iscrizione dev'essere condotta, l'individuazion cioè delle persone, delle cose onerate e del credito (1). La seconda delle considerazioni esposte, ch'è l'interesse del richiedente acciò con molta sollecitudine sia data pubblicità al suo acquisto, impedendo che altri in ciò lo prevenga, concorre a giustificare l'asserto or fatto sull'officio del conservatore, che deve restringere l'esame suo a certe peculiari forme estrinseche del titolo, e delle note d'iscrizione.

E giustamente. Il conservatore non concorre in alcun modo alla creazion del titolo, ed ha il solo còmpito di dar pubblicità al rapporto, di fissarlo per via dell'iscrizione, d'investirne cioè il titolare: ma il titolo esiste di già, ed a seconda di esso (come gli vien accertato dalle cautele estrinseche), e giusta la domanda fatta dal richiedente, egli procede all'*iscrizione* del diritto che nell'atto ha la sua ragion di essere. Ciò spiega la funzione ristretta, passiva che gli spetta, e dichiara pure l'interesse legittimo dell'instante alla sollecita iscrizione dell'onere ipotecario: il *titolo* onde il gravame ha origine, esiste, e in relazione ad esso s'ha diritto di ottenere subito, e con la sola richiesta (2), la fissazione, l'investitura del potere diretto sulla cosa onerata.

303. Il concetto fondamentale proposto sulla funzion del conservatore, mostra com'egli ha l'*obbligo* di non accettare la domanda d'iscrizione: 1° quando il titolo che la giustifica, non abbia le caratteristiche ond'è reso idoneo a tal richiesta; 2° se nelle note mancasse la designazion del richiedente, o del debitore, od altro concedente, o della cosa onerata, oppur della somma che si vuol garantire (3). Contraddirebbe al suo obbligo, e quindi commetterebbe fatto illecito (oggettivamente) se accettasse il titolo, o le note viziate dei difetti or indicati: vi contraddirebbe del pari, se all'infuori di questi difetti e argomentando da altre ragioni, le respingesse: cosicchè, non gli è lecito di movere ricerche sulla capacità delle parti (perchè, come s'è detto, all'atto creator dell'ipoteca egli è estraneo, e la domanda d'iscrizione può esser fatta anche da un incapace), o sul poter di disposizione del conce-

(1) C. civ., a. 1998 cit.
(2) In conseguenza, secondo s'è osservato, dell'entità dell'iscrizione.
(3) C. civ., a. 1998 cit.

Digitized by Google

dente, o sull'irregolarità delle note (1). E se per queste indagini, che non ha diritto di fare, od altro *pretesto*, ritardasse di ricever le note, e di procedere all'iscrizione, commetterebbe ingiuria *oggettiva*, e potrebbe impegnare la sua responsabilità: che invece non rimane impegnata, se l'iscrizione cui egli abbia proceduto, secondo il dover suo, sia stata annullata a ragion di fatti ch'egli non avea obbligo di accertare. Senza il qual obbligo manca il carattere ingiurioso dell'omissione, del *non fatto:* onde ben si decide, che il conservatore debba rispondere pel seguito annullamento dell'iscrizione, quando facilmente poteva accorgersi della discordanza tra le enunciazioni del titolo e le esistenti note (2), rispetto alle persone od alla cosa onerata, dovendo ben egli instituire tal confronto, per dare pubblicità al diritto che nel titolo ha la sua origine. S'avrebbe pur materia d'illeceità, se al richiedente l'iscrizione, asserentesi successore (a qualunque titolo del creditore originario, non chiedesse la prova di tal mutazione: o se contro altri che il debitore o terzo concedente originario, si domandasse l'iscrizione, dovendo egli sincerarsi della condizion delle persone che questa richiedessero, o contro le quali è richiesta, quando appariscan diverse da quelle indicate nel titolo (3). Mancherebbe invece l'oggettività dell'ingiuria, se la divergenza concernesse la designazion del valore: perchè all'iscrizione è sufficiente che una somma sia indicata, rimanendo poi a carico del richiedente le conseguenze della riduzion possibile, o dell'essere scoperta una parte del suo credito effettivo (4).

---

(1) Ma cfr. per ciò che ha tratto all'indagine intorno la capacità delle parti, Aubry et Rau, op. cit., III, §§ 268, 281; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2616; Boulanger, *Tr. théor. et prat. d. radiat. hypoth.* (ed. De Recy, Paris 1886) I, 67; App. Amiens, 14 giugno 1890 (*ib.*, 1890, I, 706); App. Rouen, 1 marzo 1873 (*ib.*, 1894, 2, 197). Sull'irregolarità delle note, v. C. civ., a. 1998 cit. in pr.; cons. specialmente Baudot, *Tr. d. formal. hypoth.* (3e éd., Paris, 1845), I, 326, II, 1806. S'intende, che dell'annullamento determinato da tale irregolarità egli non risponde, purchè del modo di far l'iscrizione e di rilasciarne il certificato (p. es. se fatta l'iscrizione in base alla nota irregolare, avesse restituito quella regolare, come se di questa si fosse valso) non avesse colpa che abbia indotto il creditore in falsa credenza sulla regolarità.

(2) Cons. App. Rouen, 20 maggio 1805 (*J. du P.*, 1987, I, 157).

(3) Non ha invece obbligo d'indagare se la qualità asserita alle parti nel titolo creativo dell'ipoteca, sussiste ancora al momento in cui l'iscrizione è domandata: la pretesa di provare la continuità di quella condizione, è dunque ingiuria oggettiva. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2602.

(4) C. civ., a. 1997.

Digitized by Google

304. In un caso speciale, il conservatore è giudice della *certezza* del titolo esibito dal richiedente, o delle note ch'egli presenta, e quindi *ha facoltà* di accoglierle o respingerle: ma pur qui si tratta d'indagine da condurre sull'*esteriorità* del titolo o delle note, ristretta com'è all'ipotesi della *non leggibilità* di scrittura redatta in carattere non intelligibile. Ad instituire la qual facoltà, ha pur conferito la considerazione della sollecitudine con cui si deve svolgere un officio così delicato com'è quello del conservatore, non dovendo egli, o gli impiegati che ne dipendono, perdere il tempo destinato al servizio del pubblico nel decifrare titoli o note non leggibili: ma non è facoltà (mal potendosi essa estendere, senza ingiuria, fino a manomettere l'interesse del richiedente) che s'estenda in modo da confondersi con l'arbitrio, quasi che a sua posta il conservatore possa dire non leggibile uno scritto che lo sia: è concessa soltanto nell'ipotesi *oggettivamente certa* della non leggibilità, e quando tal fatto esista, il conservatore può respingere, senza commettere ingiuria, la domanda d'iscrizione, come può accoglierla, senza sua responsabilità dell'annullamento che in seguito possa venir pronunciato (1).

305. 2) Ricevute le note in una al titolo che le giustifica, è dovere del conservatore di procedere alle relative annotazioni nel registro giornaliero o di ordine, riferendole poi in modo compiuto nel registro speciale delle ipoteche: degli errori occorsi in queste operazioni, affidate unicamente alla sua diligenza, e degli annullamenti che ne seguissero egli ha tutta la responsabilità, fatta eccezion pel caso che dell'errore avvenuto non fosse sua la colpa, oppure a commetterlo avesse pur concorso la colpa del richiedente. Della qual restrizione si dirà in seguito, determinando qual *colpa* debba concorrere nel fatto illecito a fin di dar causa alla responsabilità del conservatore (2): fissando qui i termini dell'ingiuria oggettiva, consistente nell'errata trascrizione dei termini contenuti nelle note e nel titolo giustificativo, certo è, che se con tale inesattezza da esserne derivata la nullità dell'iscrizione, avesse riferito nei registri il nome errato del creditore, o del debitore, o della

(1) C. civ., a. 2069 in f.

(2) Su ciò cons. LAURENT, op. cit., XXXI, 605; App. Rouen, 20 maggio 1885 (DALL. *pér.* 1886, 107).

Digitized by Google

cosa onerata, dovrà risponderne (1). Come risponde se non l'annullamento sia avvenuto, ma altro danno: così avverrebbe, se, per fatto e colpa sua, i registri indicassero una minor somma di quella scritta nelle note, o vi fosse dimenticato alcuno degli immobili sui quali era richiesta l'iscrizione: o se vi fosse indicata una somma maggiore di quella esposta nelle note; e delle spese occorse per la correzione (oltre ai danni verso gl'interessati) deve pure il rifacimento (2).

306. 3) Perchè fine all'iscrizione è la *pubblicità*, e questa, dando certezza ai diritti per la cui esistenza è necessaria, serve all'interesse di chiunque voglia conoscerne lo stato, ognuno può domandare di aver notizia delle iscrizioni che contro certe persone e su certe cose sian contenute nei registri ipotecarî. Il conservatore, al quale spetta di tenere, secondo la legge, e di custodire questi registri, ha pur officio di curare tal pubblicità; e la domanda or descritta ha effetto in due modi: con la vision dei registri nelle ore di ufficio a ciò destinate, o con la richiesta di un certificato ipotecario dello stato patrimoniale di cui si voglia aver contezza, dichiarante se e quali ipoteche esistano contro certe persone e su certe cose (3).

Del primo di questi modi basterà dire, che il conservatore risponde dell'ingiusto rifiuto di dar visione dei registri, obbligato com'è a tenerli a disposizione del pubblico in certe ore; al secondo poi, si riferisce l'obbligo ch'egli ha di rilasciare i certificati che gli sian chiesti, attenendosi scrupolosamente alle indicazioni descritte nella domanda che gli è fatta (4). Perciò, quando a lui si chiedesse il certificato delle iscrizioni gravanti uno solo degli immobili spettanti ad una data persona (5), oppure lo stato delle sole iscrizioni volontarie, o delle sole legali, o delle sole giudiziali, o lo stato delle iscrizioni fatte contro uno dei varî titolari che la cosa onerata ebbe successivamente (6), non può rifiutarsi a rilasciar

(1) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2611; App. Agen, 16 febbr. 1887 (*J. du P.* 1887, I, 1243).

(2) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., l. cit.

(3) C. civ. a. 2067, 2°.

(4) Aubry et Rau, op. cit., III, § 268; Laurent, op. cit., XXXI, 585; Pont, op. cit., II, 1441; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2604; Cass. fr., 6 genn. 1892 (*J. du P.* 1802, 1, 5); 5 apr. 1894 (*ib.* 1894, 1, 284); 28 apr. 1899 (*ib.* 1897, 1, 456); App. Riom, 18 genn. 1893 (*ib.* 1894, 2, 53).

(5) Trib. Brie, 9 dic. 1891 (*J. du P.* 1892, 2, 190).

(6) App. Riom, 18 genn. 1893 (*J. du P.* 1894, 2, 53).

Digitized by Google

l'attestato, e deve compilarlo a seconda dei termini in cui si contien la domanda; parimenti, se gli fosse chiesto lo stato completo delle ipoteche iscritte contro una persona, è tenuto a rispondere dell'omissione avvenuta di qualcuno degli immobili onerati (1): e riman pure obbligato, se avesse dimenticato o mal riferito l'esistenza delle annotazioni seguite rispetto all'iscrizione, o se avesse indicato come ancora esistenti ipoteche già cancellate (2).

307. 4) Secondo il fine della pubblicità, le variazioni che possono avvenire rispetto allo stato dei diritti immobiliari pei quali è richiesta, debbono apparire nei registri: altrimenti l'istituto sarebbe incompiuto, e la buona fede, l'interesse dei terzi non avrebbero sufficiente garanzia nella legge che l'ordina. A questo scopo provvede la *cancellazione* dell'ipoteca legalmente estinta, e come l'iscrizione effettuata a cura del conservatore dichiara l'esistenza dell'onere, la cancellazione, ch'è pur atto del conservatore, ne dichiara la fine: onde la possibilità che il conservatore debba rispondere dell'omessa cancellazione, o del modo irregolare tenuto nell'effettuarla, o dell'inesattezza di certificati che abbia rilasciato in proposito. E di quest'obbligazione basti ora tal cenno, riferendosi essa all'estinzion dell'ipoteca (3).

308. Gli obblighi or esposti, e che incombono al conservatore, mostrano in qual modo, trasgredendovi con fatto positivo o negativo, possa egli commettere ingiuria oggettiva: l'azione od omissione illecita vien costituita col trasgredirvi, e siccome la responsabilità esige il concorso dell'elemento soggettivo, ch'è la colpa (4), così il conservatore v'incorre quando alla violazione dell'obbligo suo, e quindi del diritto che vi corrisponde, abbia egli proceduto colposamente. Ed il fatto illecito gli è imputabile, se dove la maggior cura che in officio così delicato è dovuta si fosse posta, certamente non sarebbe seguito: quando cioè il diligentissimo esame delle note e dei titoli, e l'esatto riferimento di esso nei registri, o l'esame della domanda

(1) Senza ricercare quali ipoteche sieno state legittimamente inscritte, e quali no. LAURENT, op. cit., XXXI, 587; PONT, op. cit., II, 1440; BOULANGER, op. cit., I, 23; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2605.

(2) C. civ., a. 1667, 2° cit. V. gli Aut. cit. nella n. prec., op. e l. c.

(3) C. civ., a. 2067 3°.

(4) Cons. App. Nancy, 9 febbr. 1895 (*J. du P.* 1897, 2, 185).

Digitized by Google

del certificato e l'esatta consultazione dei registri avrebbero certo impedito l'omissione lamentata, od altro errore incorso (1).

Per la qual cosa, se il difetto sia derivato unicamente dal modo tenuto nella compilazione del titolo o delle note, non ha responsabilità veruna il conservatore che a quelle indicazioni siasi conformato, o che nel caso di non leggibilità della scrittura abbia interpretato nel miglior modo possibile (2); se poi tra le indicazioni del titolo e delle note non esistesse intera conformità, è in colpa il conservatore che rilevandole, come deve, non ne avverte il richiedente, e procede all'iscrizione (od annotazione) riferendosi a quel ch' enunciano le sole note, od il solo titolo, o non curandosi di correggere l'antinomia che facilmente si potesse togliere (3). Parimenti non è in colpa, se nel rilasciare un certificato si conformasse interamente alle indicazioni che la richiesta contenesse delle persone, delle cose, del valore rispetto a cui vien fatta: ma quando dal confronto tra queste enunciazioni ed i registri gli risultasse l'errore in cui il richiedente sia incorso (per es., se nelle indicazioni dei registri la professione del debitore fosse diversa da quella ch'è detta nella domanda) è in colpa se non facesse avvertire la discordanza, o non correggesse egli l' errore facilmente avvertibile e rimediabile (4), rilasciando in conseguenza una dichiarazione inesatta.

D'ordinario, in questi casi dov' è discordanza tra la domanda e l'atto del conservatore, s'avverte la figura della colpa comune (5); e sarà allora obbligo e còmpito del giudice di accertare in qual misura esista il concorso delle rispettive colpe, deducendone la intera irresponsabilità del conservatore, se la sua colpa fosse addirittura irrilevante in confronto a quella del richiedente, oppur temperandola.

309. In osservanza della dottrina concedente all'offeso di agire pel rifacimento se il fatto illecito (delitto o q. delitto) gli abbia inferto danno (6), s' insegna che il conservatore risponde se pregiudizio

(1) C. civ., a. 2069, *al.*

(2) Cons. App. Rouen, 20 maggio 1885 (*J. du P.* 1887, 2, 837).

(3) V. la n. 4 p. preced.

(4) Cons. App. Rouen, 20 marzo 1885 (*J. du P.* 1887, 1, 837).

(5) Cons. Laurent, op. cit. XXXI, 605; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2614; Cass. fr. 26 apr. 1882 (*J. du P.* 1882, 1, 857).

(6) Sul requisito del danno, cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 267; Laurent, op. cit., XXXI, 606 e segg.; Troplong, op. cit., IV, 1001; Martou, op. cit., IV, 1615; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2618; App. Pau, 30 dic.

Digitized by Google

sia derivato dal suo atto colposo (1): e non bene, perchè la responsabilità esiste, e può essere dichiarata, quando l'ingiuria è data oggettivamente e soggettivamente, ed il danno è soltanto termine essenziale all'attribuzion dell' indennità. Certo, può il conservatore asserire che l'offesa non può nè potrà recar danno, e sarebbe allora inutile dichiarare una responsabilità affatto inefficace: ma, di regola, non è necessario all'azion dell' offeso questo elemento del *danno*, nè occorre darne prova nel giudizio concernente la sola responsabilità.

Il rifacimento, quando la responsabilità sia accertata, e sia chiesta l'indennità, vien determinato secondo le norme governanti il fatto illecito non contrattuale: vero, che la dottrina e la giurisprudenza sogliono affermare che il giudice ha il potere di regolarne l'entità (2), ma questo concetto, frutto dell'altro, che, contro ai principî, vorrebbe limitare la colpa del conservatore alla *c. lata*, non ha fondamento alcuno. È la legge, e non il giudice, che, limitando il grado della colpa non contrattuale, può attenuare la responsabilità che ne deriva.

310. L'azion di responsabilità, secondo i principî intorno la colpa extra-contrattuale, spetta a qualunque danneggiato, e perciò al richiedente, come a chiunque possa aver offesa dall'atto del conservatore (3): nè si può restringerla al solo richiedente, senza limitare a lui gli effetti di una dichiarazione ch'è pubblica, a guisa dei registri in cui è contenuta, o dai quali emana o dovrebbe emanare. E in relazione agli stessi principî è regolata la question della prova: ma la legge, a fin di togliere ogni incertezza, ha pure ordinato che nel caso d'ingiusto rifiuto o ritardo del conservatore a ricever le note, a rilasciare o spedir copie o certificati (4), l'interessato possa far stendere da un notaio o da un usciere, assistito da due testimoni, il verbale constatante l'atto illecito produttivo di responsabilità.

1890 (*J. du P.* 1891, 1, 440). E sulla necessità della prova del danno, v. pure App. Nancy, 9 febbr. 1895) *ib.* 1897, 2, 185).

(1) V. la n. preced.

(2) Sul concetto della responsabilità e degli elementi che occorrono a costituirlo. v. CHIRONI, *Colpa contratt.* (2ª ediz.) cit., cap. I. Il *danno* è termine fondamentale, quando il fatto non dia causa a relazion di responsabilità propria, sebbene di sola *garanzia* (responsabilità impropria).

(3) LAURENT, op. cit., XXXI, 593; PONT, op. cit., II. 446; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2612. Cons. LANDOUZY, *Tr. de la responsabilité des Conservateurs* (Paris, 1863) p. 68 e segg. Ma cfr. BAUDOT, op. cit., II, 1881.

(4) C. civ., a. 2069. pr.

Digitized by Google

CAPITOLO VII.

La sanatoria dell'invalida creazione dell'ipoteca, e l'effetto che ne deriva all'iscrizione (costituzione) *già eseguita.*

SOMMARIO. — **311.** Concetto generale. L'influenza della sanatoria del titolo sull'iscrizione. — **312.** Cont. — **313.** La ratifica impropria. — **314.** Cont. — **315.** Rettifica.

311. Delle ragioni d'invalidità della *creazion* dell'ipoteca s'è già detto, osservando come il vizio possa produrre l'inesistenza, oppur la semplice annullabilità del titolo ond'emana (1): nè, attesa la chiarezza dei principî generali esposti, occorre qui di tornare sull'argomento, e dire in qual modo si possa sanare l'annullabilità. Una sola considerazione si deve soggiungere: che, cioè, l'invalidità vera non colpisce soltanto il negozio pel quale vien creata l'ipoteca volontaria, ma può colpire l'ipoteca legale, come avverrebbe nel caso di vizio che rendesse annullabile l'atto per cui virtù abbia origine la sicurtà ipotecaria: e la sanatoria agirebbe valevolmente. E di annullabilità e di sanatoria non proprie, si può ancor dire in materia d'ipoteca giudiziale: se la sentenza del primo giudice fosse corretta in sede di appello, si potrà dire del giudicato contro del quale è stato accolto il gravame, ch'esso era infetto da vizio (errore di fatto o di diritto) che ne determinò l'annullamento: ma quando della sentenza riparatrice sia stata poi pronunciata la cassazione, la sentenza riparata riprende vigore, almeno fino alla nuova pronunzia del magistrato di rinvio.

Se, diversamente da quel che s'avverte per l'*inesistenza* del titolo, avvenga la sanatoria dell'annullabilità, l'effetto suo, eccezion fatta pei diritti acquistati e conservati dai terzi nell'intervallo, convalida l'atto com'esiste, e perciò dal momento in cui ebbe esistenza: i principî fissati su questo punto, lo pongono al tutto fuori di ogni utile discussione. Ma se, oltre al titolo producente la creazion del

(1) V. le ricerche già fatte sulla creazion dell'ipoteca.

Digitized by Google

diritto, la costituzione sua, la fissazion sua, richieggano il compimento di un atto, di una formalità speciale, e questa sia stata effettuata quando il titolo era ancor infetto del vizio di annullabilità, la sanatoria che valida il titolo s'estenderà pure al modo d'acquisto così eseguito? In materia d'ipoteche, l'iscrizione tolta in virtù di un titolo annullabile, fruirà della sanatoria avvenuta in seguito, o sarà necessaria una nuova iscrizione, come se la prima sfugga, per natura sua, alla convalidazione?

312. Secondo la dottrina comune intorno all'entità dell'iscrizione, ridotta a semplice atto conservativo, l'efficacia retroattiva della ratifica (propria) convalidante il titolo annullabile, non dovrebbe incontrare difficoltà grave: il diritto esiste in virtù del titolo, e quindi pare che la cessazion del pericolo derivante dall'annullabilità, a quel modo che gli dà conferma, rafforzi pure l'iscrizione che per esso è stata tolta. Nè i terzi, che posteriormente acquistarono e conservarono diritti sulla cosa onerata, possono di ciò far lamento: essi conoscevano lo stato dell'immobile com'è rivelato dall'iscrizione anteriore, sapevano dell'alienazion di valore già seguita, e però la ratifica non turba i loro interessi, non danneggia i calcoli che li determinarono all'acquisto del diritto: la pubblicità ch'è nell'iscrizione li ha, o deve averli, sufficientemente edotti rispetto alla cosa, e s'essa non è valsa a distoglierli dal compiere l'atto che li riguarda, non si può in alcun modo dire che la convalidazion di quell'iscrizione li danneggi.

Condotto in tal modo il ragionamento, l'estension della ratifica del titolo all'atto conservativo che sarebbe l'iscrizione, non par dubbia: ma, senza discutere ora sull'entità dell'iscrizione, vi fa ostacolo non vincibile la natura stessa della ratifica. La quale ha la virtù retroattiva che le vien dal suo essere, *salvi* cioè *i diritti dei terzi*: così la legge (1), e bene, perchè non è giusto che di fronte ai terzi che acquistarono diritti sulla cosa, il titolare possa con atto posteriore rinvigorire diritti che altri abbia acquistato in precedenza: rimpetto ai terzi, la consistenza dei diritti anteriormente acquistati da altri non deve mutare, pel diretto intervento del titolare della cosa, da quel ch'era al momento del loro acquisto: quest'intervento sarebbe infatti espressione di un potere che l'acquisto

(1) C. civ., a. 1309.

Digitized by Google

dei terzi ha già vulnerato, che non è più integro. La ragion giuridica, più che la considerazion della buona fede onde il titolare ha obbligo di non menomare la condizione giuridica di chi valevolmente acquistò diritti sulla cosa sua (1), limiterebbe dunque l'entità della ratifica: i terzi non debbono patir danno dalla sanatoria dell'iscrizione anteriore.

Cosicchè la ratifica, propriamente detta, opera nel senso, che tolto il vizio per via della convalidazione seguìta, l'iscrizione effettuata in virtù dell'atto annullabile, sentirà gli effetti della sanatoria: ma in rapporto ai terzi, questi saran limitati secondo i principî ricevuti nella legge.

313. La questione tocca specialmente la ratifica impropria, se cioè il concedente dell'ipoteca non fosse al momento della concessione titolare della cosa sottoposta a sicurtà, e lo diventasse in seguito: se la cosa non idonea a sopportare ipoteca al momento della fissazion dell'onere, lo divenisse più tardi; se il credito *inesistente* al tempo dell'iscrizione, fosse poi costituito. Difficoltà già esaminate, ricercando gli elementi il cui concorso occorre alla valida esistenza del rapporto di sicurtà reale: ora, se a taluni è parso che nei casi or designati s'abbia un atto non inesistente, ma annullabile, è miglior avviso che il vizio infirmante il titolo sia l'inesistenza, onde l'impossibilità di sanatoria ulteriore: e con ciò l'invalidità assoluta dell'iscrizione non sarebbe dubbia. Senonchè, pel caso del posteriore acquisto del diritto sulla cosa, s'è qui accettata l'opinion contraria, che più correttamente risponde al concetto di alienazione, ed al modo di considerare la vendita di cosa altrui: e allor parrebbe, che la convalidazione (ratifica impropria) del titolo annullabile debba pur influire sull'iscrizione seguìta.

Ma a tal risultato contrasta assolutamente il modo qui tenuto di considerar l'iscrizione. Questa non è titolo nuovo di acquisto: pure, rappresenta la fissazione, l'investitura del diritto acquistato: è cioè la forma per cui il diritto s'esplica, si realizza rispetto alla cosa,

(1) Vero è, che la considerazion della buona fede di cui la legge si preoccupa per la sincerità delle contrattazioni, ha determinato la norma giuridica: con la qual tutela, si compiè ad un officio non ristretto al semplice interesse privato, ma concernente la funzion pubblica di proteggere il *credito*, considerato qual parte intima del movimento sociale. Cons. Chironi, *Colpa contratt.* cit. (2ª ed.) c. 1; Hauriou, *Leçons s. le mouvement social* (Paris, 1899), p. 13, 14.

Digitized by Google

è il modo dell'acquisto corrispondente alla doppia funzion del consenso e della trascrizione nella vendita (1). Cosicchè, è ben necessario che al momento dell'iscrizione esistano i termini necessarî acciò l'acquisto s'avveri, e specialmente, tra gli altri, il poter del titolare contro il quale essa è tolta: se questo non è veramente soggetto del diritto, *non vi è* fissazion di acquisto, non investitura, e l'iscrizione è inesistente (2).

A differenza perciò di quel che s'è detto della ratifica propria, dove s'è argomentato dall'entità stessa della sanatoria, in questa ratifica non propria, s'argomenta dalla natura giuridico-economica dell'iscrizione: il titolo creativo dell'ipoteca potrà essere soltanto *annullabile*, ma la convalidazione posteriore non estenderà la sua virtù sanatrice all'iscrizione effettuata. Ed un'altra iscrizione occorrerà, perchè la prima rappresentava l'investitura di un diritto che il trasmittente non aveva: e così investitura non era, nè poteva essere (3).

314. Nè altrimenti avviene degli altri due casi su descritti: l'*obbligo* nascente dal fatto della concessione, non è causa legittima alla nascita del diritto ipotecario, la cui esistenza dipende dal concorso degli elementi richiesti a costituirla. La sanatoria dell'*atto* creativo non s'estende perciò all'*iscrizione*, alla fissazion vera del diritto reale.

315. Che per certi difetti occorsi nell'iscrizione, si possa procedere alla *rettifica* con le cautele a ciò occorrenti, s'è detto; nè altre considerazioni su ciò abbisognano.

---

(1) V. su quest'argomento il cap. preced.

(2) Cons. Cass. Torino, 5 apr. 1892 (*Giur. Tor.*, 1892, 611); App. Firenze, 27 giugno 1899 (*Legge*, 1899, 2, 374), cfr. Cass. Firenze, 17 marzo 1900 (*Giur. Tor.*, 1900, 509).

(3) La risoluzione or esposta è tratta dal modo di considerare l'*iscrizione*: tuttochè non abbia nel suo contenuto la struttura del contratto reale germanico (*Realvertrag*), rappresenta il momento giuridico in cui l'*acquisto* del diritto ipotecario si fissa: ed è inesistente, se nell'istante in cui si consuma manchi qualche termine essenziale allo scopo cui è vôlta. E però s'intende la non possibilità di sanatoria dell'iscrizione, dipendente da convalidazion del titolo; invece, altrimenti si dovrà decidere, se, argomentando dai concetti della teoria dominante, si rappresenti l'iscrizione qual modo conservativo dell'acquisto già seguìto.

Digitized by Google

CAPITOLO VIII.

Delle modificazioni che possono seguire rispetto agli elementi dell'ipoteca costituita, senza che per esse venga alterata l'entità del rapporto.

Generalità.

Sommario. — **316.** In che queste modificazioni consistano. — **317-319.** Distinzioni, e distribuzione dell'argomento.

316. Come avvien di ogni altro rapporto patrimoniale, così in quello d' ipoteca par che sia possibile mutare alcuno dei termini concorrenti a costituirla, senza che la sua entità di ciò si risenta: nei diritti sulle cose, eccezion fatta di alcuni, la cui ragion di essere consiste nella special destinazione rispetto ad una data cosa, o ad una data persona, tal possibilità non par dubbia, esprimendosi per essa la libera disposizione della cosa che n' è oggetto. E quanto ai diritti di obbligazione, la considerazion della patrimonialità vien pur coordinata all'altra della personalità: tuttochè sembri, che mentre l'alienazione in genere del *valore patrimoniale*, ch'è nell'obbligazione (1), rende *cedibile* il credito, il concetto di « *vincolo* », di rapporto personale pigli poi il sopravvento, non potendo il debitore a sua posta sostituire altri a sè: pare, e non è: perchè il divieto è conseguenza della stessa ragion di patrimonialità, riferendosi l'alienazione generica di valore al patrimonio personale del debitore.

Or che avverrà, rispetto a tal possibilità di mutazioni, del rapporto reale d'ipoteca? La *realità* che lo distingue, il fatto dell'esserne oggetto il valore (in genere) di una certa cosa, e quindi il poter diretto che ne deriva su di essa al titolare, dovrebbero conferire all'esser suo l' indipendenza esplicantesi nella libertà di disporre. E per tale aspetto, la cedibilità dell' ipoteca come tale, e soltanto perchè tale, non parrebbe dubbia; ma in qual modo si

(1) V. su ciò il vol. I, cap. I.

Digitized by Google

dovrà contemperare con questa risoluzione, la parte che nel concetto dell'ipoteca attien al fine giuridico-economico della garanzia? Ancora: questa cedibilità si riferisce appena a quella specie di mutazione ch'è la *soggettiva*, nè, per la realità dell'ipoteca, parrebbe possibile di sostituire altra cosa a quella onerata in origine, perchè il valore alienato (oggetto dell'ipoteca) è in quest'ultima: sebbene dalla ragion della garanzia si possa poi argomentare ad una soluzion diversa.

317. Di questi dubbî, e della gravezza loro, si dirà in seguito. Qui, a determinare le mutazioni di cui si discorre, basterà dire, ch'esse si riferiscono ai soli casi in cui al *credito originariamente garantito*, od alle *cose originariamente onerate*, si sostituisce un altro credito, od un'altra cosa, senza che perciò il rapporto sia in alcuna guisa alterato; le mutazioni derivanti dalla relazion di *accessorietà* tra l'ipoteca ed il credito, non abbisognano di rilievo speciale, riferendosi esse più al diritto di credito che alla garanzia reale. Così, se i termini del rapporto di obbligazione fossero modificati soggettivamente od oggettivamente, l'ipoteca può sentirne l'effetto in modo vario, ma sempre dipendente dal suo carattere di accessorietà: s'è mutata la persona del soggetto attivo per via di surrogazione o di cessione, il credito non è alterato, e la garanzia lo segue presso il nuovo creditore, come pur avverrebbe nel caso di surrogazione del debitore validamente seguita (assunzione di debito), e nell'altro di sostituzion di altra cosa a quella originariamente dedotta nella prestazione. La modificazione che si opera nelle ipotesi or descritte, non sposta in verun modo il rapporto di credito, e però l'ipoteca vi s'adatta: se invece lo spostasse, come avverrebbe se inducesse novazione soggettiva od oggettiva, la relazion di accessorietà non agirebbe più, è rotta, e l'ipoteca si estingue non avendo ragion di credito cui connettersi: altrimenti può disporre, è vero, la volontà delle parti: ma quando la novazione seguisse per mutazion del debitore, l'ipoteca data dal debitore originario riman come fosse creata da un terzo, e la figura del « *rapporto di garanzia* » vi toglierebbe il predominio sull'altra di « *esecuzione reale* » (1).

318. Delle mutazioni che poi avvengono propriamente nel rap-

(1) V. la n. preced.

Digitized by Google

porto d'ipoteca, alcune son soltanto apparenti: meglio che modificazioni, si posson dire correzioni che la volontà delle parti induce, o la legge consente d'indurre, nei termini in cui la costituzion dell'onere è seguìta. Le parti possono difatti intendersi nella liquidazione del credito garantito, e far correggere così la designazion del valore figurante nell'iscrizione; possono convenire che la riduzion dell'ipoteca avvenga in proporzione al successivo estinguersi del credito; e la legge autorizza i creditori degli interessati a promovere queste correzioni (1), e più specialmente disciplina l'istituto della riduzion dell'ipoteca. La quale nelle due figure d'ipoteca legale e giudiziale, è giusto rimedio alla *generalità* rimasta nel modo di crearla: e tende ad impedire che il favor della legge si muti in aggravio ingiusto al credito dell'obbligato.

319. Di queste modificazioni non proprie, non vere, si dirà da ultimo. E si comincierà il discorso con quelle vere, per cui il rapporto d'ipoteca, valevolmente creato e costituito, può aver mutazione nell'elemento *principale* cui si connette, ch'è cioè il *credito* pel quale originariamente è stato concesso, non e s'estingue, nè si altera: oppure, nella *cosa* originariamente gravata, non e ne soffre: e la prima si potrebbe chiamare surrogazione di nuovo credito al credito già garantito, e l'altra surrogazione oggettiva.

§ 1.

Le modificazioni vere al rapporto d'ipoteca.

A) *Surrogazione del credito.*

SOMMARIO. — **320.** In quali modi questa surrogazione si possa determinare. — **321-331.** Cont.

320. La prima specie delle modificazioni che il rapporto d'ipoteca può tollerare senza rimanere punto alterato, concerne dunque la *separazione* di esso dal credito pel quale originariamente era stato costituito: la mutazione si riferisce qui all'ipoteca considerata per sè, qual diritto reale indipendente, nè si connette, come a sua causa efficiente, ad alcuna variazione seguìta rispetto al credito. Il fine

(1) C. civ., a. 1998 in f.

Digitized by Google

giuridico-economico del rapporto è di garantire un determinato diritto di obbligazione: ma sarà necessario che questo diritto garantito sia sempre quello per cui sicurtà l'ipoteca ebbe origine? Costituito il diritto reale, e fissata così l'alienazion del valore ch'è in una determinata cosa, potrà il titolare disporne senza disporre in pari tempo del suo rapporto personale di credito, potrà spogliarsene per trasferirlo, cessando così di esser egli il soggetto del diritto reale *ipotecario*, ma rimanendo soggetto attivo dell'obbligazione già garantita?

La questione, e perciò la ragion dell'istituto che vi è discusso, si connette tutta al modo d'intendere e di coordinare i due caratteri che s'incontrano nel concetto dell'ipoteca, l'*accessorietà* e l'*indipendenza*, e che paiono contraddittorî. A fin di differenziarla nettamente, è necessario s'avverta che, pei termini in cui è posta, null'ha di comune con altri negozî, dove una certa disposizione dell'ipoteca par che avvenga indipendentemente dal credito: tali sarebbero, *a*) la *postergazione nel grado*, ch'è il negozio tra due creditori ipotecari, dei quali l'anteriore in grado surroga in questo il creditore posteriore (1), e dove pare che l'avvenuta alienazion di valore non si stacchi dal credito, restringendosi la concessione all'esercizio della sola *anteriorità*. La creazione stessa del negozio, mostra che non si può effettuare se non tra due creditori ipotecari sulla medesima cosa, e che la concessione sta purchè il concedente non perda l'ipoteca cui spettava il grado ceduto, e finchè esiste il credito cui l'ipoteca era congiunta; mentre *b*) la *concession dell'esercizio del diritto ipotecario* può esser fatta a qualunque creditore, ipotecario o chirografario, del debitore, nè induce il distacco dell'ipoteca dal credito, bensì la sola cession dell'esercizio, autorizzante il cessionario ad esercitare i diritti del cedente, entro i termini dell'ipoteca o della cession convenuta: nè ha più effetto quando il cedente perda l'ipoteca, o pur s'estingua il diritto di

(1) Cons. specialmente LAURENT, op. cit., XXXI, 330; COLMET DE SANTERRE, op. cit. IX, 75 *bis* XVI; TROPLONG, *Transcript.*, cit. 324; PONT, op. cit., I, 480; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, 907; LABBÉ, in *J. du P.*, 1884, 1, 796; Cass. fr. 11 genn. 1893 (*ib.* 1894, 1, 73. S'intende, che la cessione non regge, contro il creditore del cedente che avesse pignorato o sequestrato il credito ipotecario (o, quando s'accolga il concetto del suppegno, il solo diritto di garanzia reale); v. Cass. fr. 21 maggio 1889, *ib.* 1889, 1, 887).

Digitized by Google

credito cui era unita (1); c) la *rinunzia ad esercitare il proprio diritto ipotecario*, fatta dal titolare ad altro creditore ipotecario o chirografario, e che differisce dall'altro negozio or esaminato, perchè in luogo della funzion positiva dell'esercizio, si è dedotta l'altra negativa del non esercizio: ancor qui la rinunzia cade, quando il rinunziante perda la sua ipoteca, od il suo credito sia estinto (2).

321. Nelle figure or descritte l'*accessorietà* si coordina in due modi all'*indipendenza* del rapporto d'ipoteca: nell'ultimo l'accessorietà è meglio mantenuta, perchè (come avvien dell'usufrutto non separabile, come diritto, dalla persona cui spetta) la cessione non concerne il diritto, e si ferma soltanto al suo esercizio; nel primo invece è mantenuta meno, perchè pur dicendo che l'ipoteca quale alienazion di valore non è staccata dal credito, il distaccarne il grado ne ferisce l'entità: col sistema di pubblicità ordinato a costituirla, il grado v'inerisce, e se l'ipoteca esiste col posto che le vien dall'ordine, non si può mutarglielo senza intaccarne l'essenza (3).

Quindi è, che la dottrina, ormai pacifica su questo punto (4), spiana la via a conoscere la question proposta della possibilità giuridica di staccare dal credito l'ipoteca che v' era unita, per connetterla ad altro credito. Ad impugnarla, si ricorre d'ordinario all'accessorietà dell'ipoteca: se questa è nata a sicurtà di un determinato credito, se il fine economico e giuridico suo è di garantire l'esecuzion dell'obbligazione per cui è sôrta, par che non si possa in alcun modo separarla da tal rapporto, e destinarla a garantirne uno diverso, senza violar la legge di sua origine. Il quale argomento si può rafforzare (almeno in apparenza) con altra considerazione dedotta dal concetto di alienazion di valore ch'è nel pegno: osservando cioè, che il valore dedotto nell'alienazione è il medesimo cui si riferisce il credito garantito; e quindi mal si potrebbe separare la sicurtà reale dall'obbligazion garantita, senza snaturarla al tutto (5).

---

(1) Aubry et Rau, op. cit., III, § 288; Valette, op. cit., n. 128; cfr. Mourlon, *Tr. de la subrogation* (Paris, 1848) p. 585.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 908.

(3) Proudhon, op. cit., V, 2339; Berthauld, *Tr. th. et prat. de la subrog. à l'hypoth., d. femm. mar.* (Paris, 1864), n. 21.

(4) V. la n. 1.

(5) Per lo sviluppo di tal contraddizione, cons. Aubry et Rau, op. cit., § 288:

Digitized by Google

322. Ragioni queste di dubitare, contradette dalla legge, dalla stessa dottrina che le accoglie, e dal fine economico-giuridico del diritto d'ipoteca. Si può difatti osservare, che, ordinando l'istituto della novazione, la legge dopo aver connesso all'estinzione del credito antico l'estinzion delle ipoteche che vi accedevano, ammette il patto contrario degli interessati (1) che le unisca al nuovo credito: affermando così la possibilità di separar l'ipoteca dal credito originario, per unirla ad altra ragion di obbligazione, e disponendo con ciò implicitamente che tal separabilità non contraddice alla natura del diritto (2). Nè par inutile avvertire, e vi s'accennò di già, al disaccordo in cui la dottrina che tal possibilità contesta, è con sè stessa, quando insegna la cedibilità del grado: per tal cessione non par toccata l'entità dell'ipoteca, rimanendo l'alienazion del valore come indipendente dal grado che deriva dal numero d'iscrizione: e non s'osserva che l'alienazione non è più la stessa ch'era, perchè (pur accogliendo la dottrina restringente l'effetto dell'iscrizione rimpetto ai terzi), l'alienazion ch'è nell'ipoteca è quella espressa dall'iscrizione, inducente di necessità il grado che la informa, e la manifesta differenziandola dalle altre. Perciò, questa teoria che vuol trovare una via conciliativa tra l'accessorietà e l'indipendenza del diritto ipotecario, restringendo la cedibilità al solo grado, riesce al solo risultato di negare quanto implicitamente afferma: e conferisce di già, con la contraddizion sua, a dimostrare che l'ipoteca, come diritto reale contenente un'alienazione di valore, è cedibile.

Nè, contro tal cedibilità, che verrà meglio dimostrata secondo l'entità stessa del diritto ipotecario, vale l'argomento dedotto dalla costruzion qui proposta, che nell'ipoteca si contenga un'alienazion del valore contenuto in cosa determinata: che cioè, il *valore* così alienato, è lo stesso di quello ch'entra nell'alienazion generica del

---

LAURENT, op. cit., XXX, 324 e segg.; LAROMBIÈRE, op. cit. sull'art. 1250, n. 45; PROUDHON, op. cit., V, 2236; MOURLON, op. cit., p. 578 e segg.; BERTAULD, op. cit., n. 11 e segg.

(1) C. civ., a. 1274.

(2) COLMET DE SANTERRE, op. cit. IX, 55 *bis*; MARTOU, op. cit. I, 174; PONT, op. cit., I, 334; THÉZARD, op. cit., 35; GUILLARD, op. cit. 225; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, 905; VERDIER, *Transcript. hypoth. Explic. de la loi du 23 mars 1885* (Paris 1881), II, 722; LABBÉ, in *J. du P.* 1884, I, 796; Cass. fr. 31 genn. 1883, *ib.*, 1884, I, 796.

Digitized by Google

valore patrimoniale, espressa col rapporto di obbligazione. Vero ch'esiste tal rapporto economico tra i due valori, perchè il valore dovuto per via dell'obbligazione è quello pur dedotto nell'ipoteca: ma giuridicamente non si può confonderli, non si può contrastare che se la *quantità* dovuta è la stessa, la *qualità* della causa, la maniera per cui son dovuti è diversa: il fine giuridico del pegno, a differenza dell'economico, dà all'istituto vita e figura propria.

323. Tolti questi dubbî, è agevole porre la teoria, deducendo dalla stessa entità del diritto d'ipoteca (1): del quale si suol dire ch'è rapporto accessorio (2), ma senza far conveniente disamina di tale *accessorietà*, onde l'applicazione, assai discutibile, di questo carattere non bene determinato, alla cedibilità del diritto. E due modi si posson tenere a ricercarla, e definirla: il primo consiste nel porre a raffronto l'entità dell'ipoteca (o del pegno in genere) e quella del diritto di obbligazione, osservando ch'essa è rapporto reale, mentre personale è quest'ultimo, e l'accessorietà si ristringe soltanto ad esigere che non possa esistere, o sussistere, diritto di pegno senza un *credito* cui si riferisca, inducendo la *realità* un poter sulla cosa che rende *quasi* indipendente il diritto d'ipoteca: e in questo primo modo s'argomenterebbe soltanto dal carattere della *realità* del diritto, dal contenuto astratto del poter diretto sulla cosa. Ma l'insufficienza dell'indagine appar chiara, non bastando sempre la realità a dare al diritto quella piena indipendenza di movimento che si manifesta nella cedibilità; specialmente quando s'avverta, che dicendo del ridursi l'accessorietà all'esistenza di un diritto d'obbligazione cui il pegno si riferisca, non si dice ancora (e quest'è il punto fondamentale per la costruzione) che tal credito può esser altro dall'originario, non si spiega come si possa ridur così l'accessorietà, di fronte alla caratteristica della « *garanzia* » inerente alla realità del pegno.

Onde la necessità di ricorrere, completando l'indagine, al secondo modo, ch'è nel concetto di alienazion di valore (3): la storia dell'ipoteca (4) mostra come il rapporto si è estrinsecato nella sua origine

(1) V. il vol. I, cap. I, e p. 493 e segg.
(2) V. la n. preced.
(3) V. la n. preced.
(4) V. la n. prec.

Digitized by Google

con la forma di potere su tutta la cosa, trasferente nel titolare la proprietà, soggetta a risoluzione quando fosse estinto il credito la cui sicurtà era la ragion giuridica (non economica) dell'acquisto: se la relazione di accessorietà si scorge in quest'organismo giuridico primitivo nella *risolubilità*, l'indipendenza del rapporto giuridico si manifesta nella sicurezza del potere che v'era contenuto. La ragion economica si congiunse più tardi alla giuridica, determinando la realità sulla cosa, non qual diritto di proprietà, ma come diritto ad una quantità del valor della cosa, soggetta con ciò al poter del titolare non per sè, bensì pel valore ch'è in essa, ed alienato: il fine economico della sicurtà venne così conseguito col fine giuridico del rapporto, ch'è alienazion del valore di certa cosa, condizionalmente però all'inadempimento dell'obbligazione. Non s'ha dunque, soltanto la realità, ma, qual contenuto suo, l'alienazion del valore di cosa determinata: e questo rapporto, per la specialità dell'oggetto, e pel carattere che gli vien dal potere del titolare su di esso, si muove con l'indipendenza derivante dal modo col quale vi è esplicato il fine giuridico della sicurtà.

Senza dichiarar oltre questo concetto, attribuente al rapporto reale una funzione prevalente sull'obbligazion garantita, basterà ricordare (1), che se questa occorre a dar nascita all'ipoteca, poi si svolge qual rapporto autonomo, perchè il diritto ad un certo valore d'una certa cosa è rapporto a sè: l'ipoteca costituisce il fatto giuridico che gli dà origine, ma se perciò quel diritto ha uno special modo di essere, ch'è la relazion sua con un rapporto di obbligazione, non perde la caratteristica dell'indipendenza che gli viene dall'oggetto suo speciale. Tant'è, che l'ipoteca è apparsa dapprima qual'*obligatio rei*, qual'esecuzione reale, e che pur nella legge odierna la virtù sua si rivela col diritto del titolare di procedere sulla cosa, senza bisogno di esercitar prima l'azion personale (2): vero, che l'*obligatio rei*, l'alienazione del valore, è a fin di *garanzia*, ma questa caratteristica dell'ipoteca se crea tra la sicurtà ed il credito, in occasion del quale è sorta, la relazione detta d'accessorietà, non estingue quell'indipendenza ch'è nella natura giuridica dell'alienazione stessa. Con l'ipoteca cioè, l'alienazion del valore vien adattata alla forma speciale che la riceve, senza esserne snaturata.

---

(1) V. la n. preced.
(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

324. L'accessorietà rappresenta dunque il fine della *garanzia* ch'è nell'ipoteca, detta perciò alienazion condizionata del valore (1): la quale, in quanto è fatta ipotecariamente, avviene in vista di un'obbligazione da garantire, è rapporto *accessorio* di questo credito, e accessorietà null'altro significa se non tal relazione di sicurtà. Ma se l'ipoteca non può aver nascita senza un credito cui acceda, non occorre, perch'essa continui a sussistere, sia connessa sempre al medesimo credito: l'accessorietà vuol che sia posta in relazione con un credito, non che si riferisca sempre al medesimo credito rispetto al quale ebbe origine: così, l'indipendenza del rapporto reale si coordina al fine della garanzia specializzante questa forma d'alienazion del valore. Costituita l'ipoteca, essa, entro i termini in cui la costituzione è avvenuta (son questi che ne indicano e ne determinano l'entità propria, indipendente), può ben connettersi a ragion di credito diversa da quella a cui riguardo principiò ad esistere: in tal modo, l'alienazion di valore, ch'è nell'ipoteca, ha il carattere di accessoria ad un rapporto di obbligazione, e così mantien sempre nei trasferimenti che la concernono il fine della garanzia, causa economica e giuridica dell'esser suo.

Dove s'accolga tal costruzione, s'intende che la cession dell'ipoteca, di cui il titolare si spogli senza spogliarsi del rapporto di obbligazione, può avvenire in riguardo di qualunque credito: non soltanto dunque a favor di un creditore del medesimo debitore, ma di altri. La limitazione potrebbe parer giustificata, pensando che l'ipoteca specializza la garanzia in genere, impropria, offerta ai creditori dal patrimonio del debitore (2): ma non si può accoglierla: troppo ripugna al poter ch'emana dal rapporto reale di alienazion di valore.

325. Una sola restrizione dev'esser posta, dedotta dalla natura medesima dell'ipoteca: se nella ragion di sua origine prevalga assolutamente sul concetto di « *esecuzione reale* » l'altro della « *garanzia* ». Potrebbe, nel caso d'ipoteca volontaria, la volontà delle parti imporre la non cedibilità separatamente dall'ipoteca: ma questo patto, se dà causa valevole ad obbligazion tra le parti e ad azione di responsabilità contro l'inadempiente, mal si può opporre ai terzi, non

(1) V. la n. preced.
(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

potendo la volontà alterare l'entità giuridica di un istituto, e limitare ingiustamente il potere reale consentito sulla cosa; invece, non come patto, bensì qual ragion di essere dell'ipoteca, può affermarsi in un caso la limitazione descritta.

E si ha, secondo s'accennò, quando la figura della garanzia domina l'esser suo: com'è manifesto nell'ipoteca conceduta *da un terzo* in sicurtà del debito altrui. La volontà dominante il negozio, l'intesa ch'è tra le parti quando la creazion dell'onere derivi da convenzione, mostra bastevolmente per sè qual sia la legge d'origine del rapporto: è la garanzia di quella determinata ragion di credito pel quale venne consentito, onde l'accessorietà dell'ipoteca nel senso più stretto. Qui la figura della sicurtà predomina, nè s'ha modo di temperarla col concetto dell'esecuzion reale, della specializzazione di quella garanzia generale ch'è offerta dal patrimonio dell'obbligato: difatti, non è il debitore che la consente, bensì un terzo, onde il negozio apparisce qual *fideiussione reale*, riferita cioè ad una certa cosa, senza obbligazion personale del concedente.

326. Questa idea della fideiussione prestata dalla cosa, o dalla persona per via dell'alienazion del valore ch'è in cosa determinata, e che s'esplica con la figura dell'ipoteca consentita da un terzo, dichiara esattamente la restrizione descritta, e il nuovo elemento che fa divergere l'entità dell'ipoteca dall'effetto, che altrimenti, secondo la sua intima virtù, avrebbe prodotto. Anche nel modo tenuto da altre legislazioni, dove il movimento autonomo del diritto d'ipoteca ha la sua ragion di essere, meglio che nella natura giuridica del rapporto, nel modo di costituirlo (libro fondiario), quando la sicurtà predomina nella creazion dell'ipoteca, quest'autonomia vien meno (1): e si ha allora l'ipoteca *detta di garanzia* (2).

(1) Vero che il Cod. civ. germ. dichiara l'impossibilità di trasmettere l'ipoteca senza il credito (§ 1153), ma questo suo modo di esprimere la relazione corrente tra la l'obbligazione garantita e la sicurtà reale, non toglie che, specialmente pel concetto giuridico del *libro fondiario*, il rapporto reale non abbia la prevalenza sul personale, quasi assumendolo in sè; nè altra è la ragion della disposizione, come avvien dell'ipoteca del proprietario, affermante la *sussistenza* dell'onere malgrado l'estinzion del credito, sebbene rimanga privo di movimento giuridico finchè non acceda a nuovo rapporto personale. Nell'intervallo il diritto d'ipoteca è come in istato di quiescenza. V. i §§ 1164, 1174, 1177, 1180. Cons. ENDEMANN, op. cit., II, § 115; BIERMANN, op. cit. sul § 1153, p. 213, 214; ENNECCERUS u. LEHMANN, op. cit., II, § 47.

(2) C. civ. germ., § 1184 e segg.

Digitized by Google

327. Secondo la costruzione proposta, l'accessorietà dell'ipoteca consisterebbe in ciò, ch' essa ha bisogno di essere unita *ad un credito*, e non nel dover essere continuamente, sempre, unita al credito in occasion del quale ebbe origine: ma è pur vero, che la sua esistenza (e lo si è avvertito) si ristringe nei termini in cui è sorta, e però il valor suo rimarrà tal quale è stato definitivamente fissato al momento in cui venne costituita: ed è parimenti vero, che siccome l'ipoteca è nata a favore di un determinato credito, l'indipendenza sua, qual rapporto reale, non toglie che il valore alienato per essa non sia, economicamente, quel valore dedotto nell'obbligazion garantita. La garanzia ipotecaria fa cioè, che il titolare dell'obbligazione e della sicurtà abbia in due modi la ragion giuridica allo stesso valore (uno ed identico: onde parrebbe ch'esurga qui la figura di una *solidarietà* vincolante la persona, il *debitore* cioè, e la *cosa obbligata*): perciò l'indipendenza dell'ipoteca: che, in conformità alla natura giuridica dell'istituto, si coordina al fine della sicurtà, nel rapporto continuo che permane tra il diritto reale ed il credito originario per effetto dell'esservi sempre contenuto il *medesimo* valore: ed a ciò si riduce l'accessorietà tra l'ipoteca e questo credito (1).

Determinata così la misura di tal relazione, s'intende che se non ostacola l'indipendenza, il movimento autonomo del diritto reale, non può tuttavia condurre al risultato che il titolare dell'obbligazion garantita e della garanzia abbia *due* volte diritto al medesimo valore, dovuto in due modi una volta soltanto: perciò, la disposizione ch'egli faccia di quel modo ch'è l'ipoteca, si riflette di necessità sull'altro modo ch'è l'obbligazion personale: non nel senso che ancor questa sia ceduta, perchè l'indipendenza dell'ipoteca non conduce a tal risultato, e la voluta cession dell'ipoteca non può comprendere per sè la cession dell'obbligazione: ma nel senso che la cession della sicurtà reale, il distacco di essa dal credito garan-

(1) Questa relazione tra il credito garantito ed il rapporto di sicurtà reale, per cui l'*identico valore* sarebbe dovuto in due modi, e la prestazion di esso in uno estinguerebbe di necessità l'altro, richiama l'idea della *solidarietà* ancor più nettamente, se invece di spiegare tal vincolo coi concetti dell'unicità obbiettiva di fronte alla pluralità soggettiva, si ricorre alla figura del rapporto tra più obbligazioni coesistenti. Ma pur accettando quei due concetti, l'analogia sta: purchè si pensi alla *pluralità di rapporti* cadenti sul medesimo *valore*, qual oggetto (uno ed identico) di ognuno di essi.

Digitized by Google

tito, paralizza l'esercizio del diritto personale di credito. E par così, che lo stesso valore sia più fortemente dovuto nel rapporto di sicurtà di quanto non sia nel personale, onde la prevalenza dell'ipoteca, come ragion giuridica a quel valore, di fronte all'obbligazione in cui è pur dedotto: e s'intende: la «*patrimonialità*» è più netta nel rapporto reale di ciò che non è nel personale (1).

328. Ma questo fatto giuridico, per cui la ragion dell'obbligazione, che pur non vi è direttamente dedotta, riman paralizzata attalchè l'esercizio che ne sia fatto non può agire nel rapporto reale a causa dell'impedimento avvertito (2), esige gli sia data pubblicità: ed in qual modo? E nel caso la cessione sia fatta ad altro creditore dal medesimo debitore, la circostanza del connettersi la sicurtà ad altra ragion di debito del medesimo obbligato, impedendo che il debitore sia tenuto al medesimo valore (uno ed identico) in due modi, e però due volte, indurrà una maggior ampiezza del movimento autonomo avvertito, e cioè il distacco assoluto del credito originario al nuovo?

Delle due questioni, la prima si riferisce alla forma, per cui pare si debba esplicare il movimento autonomo descritto, e la seconda discute di un'eccezione al criterio che lo limita. Rispetto alla prima, parrebbe, come insegna la dottrina affermante la cedibilità dell'ipoteca (3), che la cessione della sicurtà non sia vincolata alla forma ordinaria occorrente a costituirla: la legge non l'ordina, e l'interprete non può imporre una formalità che la legge non esige. Argomento esatto, e l'annotazion della cessione sarebbe dunque facoltativa, come avvien della cessione o della surrogazione del credito cui l'ipoteca fosse unita (4): ma non s'avverte, che se per effetto di quella cessione riman paralizzato l'esercizio dell'obbligazione garantita, è necessario che il debitore ed i terzi abbiano di

(1) V. il vol. I, l. cit.

(2) V. il vol. I, l. cit. Certo, non si vuol dir con ciò, che il creditore spogliandosi dell'ipoteca non possa più *cedere* il diritto di credito (cons. Dall., *Repert.*, cit. V. *Privil. et hypoth.* n. 2014); ma il cessionario lo acquista nello stato in cui è per effetto della cession dell'ipoteca, e che ha determinato la sospensione del diritto di farlo valere, di esigerlo.

(3) Vedi pure in tal senso App. Tolosa 21 giugno 1887 (Dall. *pér.* 1888, 2, 87). L'affermazione non incontra difficoltà nell'ordinamento ipotecario italiano, a ragione di quanto la legge espressamente ordina (C. civ., a. 2011, rinv. all'art. 1994).

(4) C. civ. a. cit.

Digitized by Google

ciò contezza (1). Vero è, che contro questa dottrina si può opporre che mal s'estende così alla cessione del diritto d'ipoteca una formalità riserbata alla cession del credito: ma il dubbio si dirada, quando si pensi che la cession dell'ipoteca se non induce cession dell'obbligazione, contiene peraltro la cessione del valore, ch'è il medesimo di quello ch'è dedotto nel credito garantito. E allora, non v'è motivo per non estendere a questa cession del valore, le formalità che sarebbero occorse per la cessione del credito che lo ha egualmente per oggetto: formalità non riferentesi alla cession dell'ipoteca come diritto reale, ma all'effetto suo paralizzante il credito per la considerazione del valore ceduto, e che serve a renderne edotto il debitore, ed a fissare lo stato di scienza dei terzi. Con tal costruzione, par che l'estendere all'ipotesi descritta le formalità statuite per la cession del credito, non incontri più grave ragion di dubitare (2).

329. Anche il dubbio sollevato nella seconda delle due questioni proposte, si può agevolmente risolvere. La decisione affermativa parrebbe tutt'a prima fondata assai: il creditore ipotecario, cedendo ad un altro creditore del medesimo debitore la sicurtà specializzata sul patrimonio dell'obbligato, che perciò fornisce ad entrambi l'identica garanzia in genere, non esercita per due vie l'unica ragione al valore che ha, ma rinuncia alla specializzazion della garanzia patrimoniale a favore di chi a questa garanzia, come creditore, ha pur diritto. E l'obbligato non ne soffre, perch'è già debitore

(1) Non è dunque che, per effetto della cession d'ipoteca, avvenga pure il trasporto del diritto di credito: ma per l'identità, l'unicità del *valore* ch'è dedotto nelle due pretese (reale e personale) spettanti al titolare cedente, il quale, secondo s'è osservato, ha perciò il potere di esigerlo una sola volta, non è possibile (di regola) intendere il distacco del rapporto reale senza che l'esercizio del diritto personale non ne sia colpito.

(2) E, deducendo dal concetto esposto nel testo, e dichiarato ancor più nella n. preced., non par che s'abbia opposizion veruna tra questa risoluzione e quanto la legge ordina intorno la facoltatività dell'annotazione (C. civ., a. 2011, 1994 cit.): la quale si riferisce alla cessione del solo rapporto *reale*, ed esclude l'obbligatorietà, parsa superflua per l'osservanza delle forme relative alla cessione del credito cui l'ipoteca accede; ma se il modo d'incidere della cession dell'ipoteca sul credito garantito esclude ogni analogia con la cession vera di quest'ultimo, l'ostacolo che pone all'esercizio pieno del diritto di obbligazione, induce la necessità di renderla *pubblica*, com'è decisa nel testo. E la ragion della facoltatività dell'annotazione, ne riceve chiarimento e conferma maggiore.

Digitized by Google

del creditore cessionario: e gli altri creditori non hanno giusto motivo di lagnanza, non avendosi nella specie una nuova alienazion di valore cui si dia efficacia retroattiva, sibbene la stessa alienazione di valore già valevolmente costituita (1).

Considerazioni gravi, e che paiono sufficienti a far accogliere l'eccezione descritta: se la cessione non cangia l'entità dell'alienazion di valore com'è stata costituita, e non si ristringe o s'estende secondo la quantità del credito cui è unita, pure, l'effetto paralizzatore sul credito originario non può seguire per mancanza di causa: questa consisteva tutta nella necessità d'impedire che il patrimonio dell'obbligato sopportasse due volte la medesima alienazion di valore, e nell'ipotesi studiata tal pericolo manca al tutto, perchè il credito cui vien congiunta la ragione ipotecaria ceduta, esiste contro il medesimo debitore, sul medesimo patrimonio obbligato. E tal condizione di fatto opera sì, che il negozio di cession dell'ipoteca vi funziona con tutta l'efficacia sua propria, senza riflesso alcuno sull'obbligazione garantita: certo, potrebbe dirsi ancor qui dell'effetto paralizzatore descritto, e dare al creditore cedente la surrogazione nella ragion di credito cui l'ipoteca è stata unita, fino alla concorrenza del credito proprio: questo credito difatti è concorso a pagar quello del creditore cessionario, onde la surrogazione: ma a qual pro' tanto giro inutile di rapporti? Non è più corretto argomentare dalla causa stessa onde l'effetto paralizzatore del credito vien prodotto?

330. Così rispetto a quest'ipotesi, come in riguardo alla costruzion generale proposta, giova avvertire che la surrogazione del credito nel rapporto ipotecario può avvenire soltanto in parte: e ciò anzi si presume, quando il credito, a cui favore la cessione segue, sia

(1) L'eccezione accolta nel testo, parrà giustificata appieno a chi pensi la ragion tenuta nel costruire la regola. L'ipoteca, nella specie che vi è descritta, s'unisce ad un valore *pur* dovuto dal patrimonio della persona che la consentì, o contro cui venne costituita: cosicchè, se il cedente esercita l'azion personale rimastagli, e il cessionario si vale dell'azione ipotecaria, l'obbligato non paga due volte il medesimo valore, perchè l'azione reale si riferisce al soddisfacimento di un'obbligazione ch'è pur gravante sul suo patrimonio. La « *specializzazione* » della sicurtà generale si sposta nel senso, che invece di riferirsi al rapporto personale cui originariamente accedeva, s'unisce ad un'altra, avente pure a sostrato il medesimo valore patrimoniale; e ciò dimostra, come nessuna difficoltà faccia il caso discusso nel n. seg.

Digitized by Google

meno esteso del valore alienato per via dell'ipoteca: perciò il cedente riman titolare pel sovrappiù del valore, e l'effetto paralizzatore della cessione sull'obbligazione originaria avviene in proporzione al contenuto or descritto. Salvo alle parti il diritto di regolare in altro modo gli effetti del negozio: del quale non può dirsi che urti contro il concetto dell'indivisibilità dell'ipoteca, e del non potersi dare ipoteca su ipoteca (1), perchè l'atto contiene soltanto *cessione di valore*, secondo il diritto che il titolare vi ha in virtù dell'ipoteca costituita.

331. Ragion quest'ultima della validità del *suppegno*: la cui natura è stata di già indagata e descritta (2), nè occorre perciò di tornar ancora sull'argomento. Basterà ricordare, ch'esso non trae l'esistenza sua dalla possibilità di costituire ipoteca sull'ipoteca, ch'è concetto contrario all'entità dell'ipoteca ed alla legge: la trae invece dal considerare l'ipoteca quale alienazion di valore, e la cessione di questo valore, com'è nell'ipoteca, costituisce il *suppegno* fatto a fin di garanzia.

§ 2.

B) *Surrogazione della cosa* (oggettiva).

SOMMARIO. — **332.** Di regola, tal surrogazione nel rapporto d'ipoteca costituita non è legalmente possibile. — **333.** Eccezione ordinata della legge. Ragion di essa. Teoria dedotta dal «*pagamento*» del credito con ipoteca anteriore. Confutazione. — **334.** Costruzione proposta. — **335-341.** Risultato: la surrogazione agisce, ancor quando i beni su cui s'esercita fossero già esciti dal patrimonio del debitore, al momento in cui ha nascita il credito a favor del quale avviene. E ancor quando dovesse cadere nella surrogazione l'ipoteca consentita da un terzo.

332. Della surrogazion che avvenga rispetto alle persone o alla cosa nel rapporto personale di credito, ben si sa che non altera

(1) V. la n. precedente. Dal negozio così condotto, la posizion giuridica dell'obbligato non trae aggravio od alterazione veruna; il creditore cedente conserverà come oggetto del suo diritto reale ipotecario, il valore residuale del valor del credito di cui è titolare il cessionario, se pur altrimenti gli interessati non regolarono il rispettivo concorso.

(2) V. sulla teoria intorno il suppegno, l'ampia discussione fatta nella parte generale.

Digitized by Google

l'entità dell'obbligazione com'è stata costituita (1): e s' è già osservato che, pur in materia d'ipoteca, la surrogazion della cosa che sia voluta nell' intervallo tra la creazione e la costituzione dell'onere non si comporta altrimenti. Perchè la fissazione del diritto *reale*, l'investitura del potere in virtù dell'alienazion di valore (sebbene fatta a fin di sicurtà), esiste soltanto in conseguenza dell'iscrizione: e ciò dimostra come la mutazion della cosa fatta prima di questo momento sia indifferente per l'entità giuridica del rapporto, e l'alteri invece intimamente quando segua dopo che per via dell'iscrizione l' onere reale è fissato. La realità esiste cioè nei termini in cui risulta dall' iscrizione della costituzione avvenuta, e quindi si riferisce strettamente, unicamente alla *cosa*, rispetto alla quale l'iscrizione è seguita: la mutazione dell' oggetto, la sostituzione di altra cosa a quella già onerata, potrà indurre la cessazion dell'onere su quest' ultima, che ne verrà così liberata, ma non si trasporta sulla cosa sostituita, secondo la data e l'ordine della sua costituzione: si avrà un rapporto nuovo, perchè l' antico colla mutazion sopravvenuta dell'oggetto, ch'è suo termine essenziale, si è estinto. Il rapporto, ch'era reale pel potere contenutovi su di una certa cosa, non può essere più il medesimo quando sia mutata la cosa in vista della quale la *realtà* esisteva; e questa considerazione, dedotta dalla natura intima del diritto, può essere esplicata osservando che l'onere esiste dal dì dell'iscrizione, nè si può quindi giustamente estendere a cosa che non vi sia compresa l' effetto dell'onere reale fissato su di altro oggetto.

333. Onde appar manifesta l'impossibilità giuridica or avvertita, di sostituire nel rapporto già costituito, altra cosa a quella già onerata: ma la legge ha nel suo ordinamento ipotecario una disposizione che restringe questo concetto, inducendovi un' eccezione pel caso speciale ivi considerato. Un creditore ipotecario, posteriore ad altri, è rimasto *perdente* dell' ipoteca sua, in conseguenza dell'esercizio che quest' ultimo abbia fatto del proprio diritto ipotecario anteriore: la sicurtà sarebbe con ciò estinta: tuttavia, se il creditore anteriore avea pel suo credito ipoteca anche su altre cose,

(1) Non è il caso d' insistere qui sul contenuto della surrogazione, e del perchè differisca dalla cessione. V. la n. preced.; v. pure ENDEMANN, op. cit., 1, §§ 150 e segg.

Digitized by Google

oltre quella su cui gravava pur l'onere del creditore ipotecario posteriore, l'ipoteca su di esse permane a favor di questo, contro i terzi che avessero acquistato diritti posteriormente alla data dell'iscrizione ch'egli avea tolto.

Retto è il contenuto dell'eccezione: il creditore di grado anteriore che ha ipoteca su diversi beni, ben potrebbe, secondo il diritto, prescegliere uno a fin di valersi della sicurtà reale: e par che non commetta abuso, perchè il creditore con grado posteriore sa qual sorte può essere serbata al suo diritto reale, in seguito all'esercizio che faccia del proprio diritto il creditore che lo precede. In conseguenza, normalmente dovrebbero derivare due effetti dall'atto del creditore ch'è primo in grado: il primo, che s'egli con l'esercizio del suo diritto di sicurtà ha ottenuto il valore corrispondente al credito dovutogli, l'ipoteca non ha più ragion di essere, e quindi le altre cose che vi eran sottoposte, rimangon libere dell'onere; il secondo, che il creditore posteriore in grado non può lagnarsi se il creditore che lo precedeva ha esercitato il suo diritto, e se, per tal esercizio, è consumato, finito, l'oggetto della sua sicurtà ipotecaria. Ma l'ordinamento legale impedisce che questo processo normale s'avveri: sulle altre cose ipotecate a favor del creditore anteriore, oltre a quella o quelle su cui egli agi, e ch'erano pur soggette all'ipoteca del creditore posteriore, quest'ultimo trasporta per virtù di legge la sua ipoteca: così, le cose già ipotecate al creditore anteriore rimangono onerate nonostante l'estinzione del suo credito, e l'ipoteca del creditore posteriore, che doveva estinguersi per mancanza di oggetto, permane, trasportata com'è su di esse. Si ha quindi un rapporto reale d'ipoteca ch'esiste così com'era stato costituito per via dell'iscrizione, nonostante la mutazion dell'oggetto su cui era stato fissato: la surrogazione di nuova cosa a quella che vi era stata originariamente dedotta, non l'altera in verun modo.

334. Alla disposizion della legge, la cui ragione storica s'è già ricercata e descritta (1), si volle riferire il concetto del «*pagamento del credito anteriore*», inducente la surrogazione a favor del creditore posteriore, quasi lo abbia egli procurato con la perdita della sua sicurtà (2): il valore cioè ch'era contenuto nella cosa pur soggetta

(1) C. civ., a. 2011. V. sulla ragione storica della legge, e sulla costruzione proposta, le ricerche fatte nella parte generale.

(2) V. il rinvio fatto nella n. preced.

Digitized by Google

all' ipoteca posteriore in grado, è servito pel soddisfacimento del credito avente l'ipoteca anteriore, e ciò spiegherebbe e giustificherebbe la surrogazione ristretta al rapporto ipotecario, perchè il *valore* servito al pagamento del credito anteriore è quello ch' era dedotto nell'ipoteca. Perciò, le altre cose ipotecate al creditore anteriore vengono surrogate alla cosa ch'era oggetto della sicurtà del creditore posteriore, nel rapporto ipotecario di quest'ultimo: il valore dedotto nel suo rapporto vien cioè trasportato sulle altre cose ipotecate pel credito anteriore, ch' è stato estinto col valore tratto dalla cosa su cui quel rapporto era costituito in origine. La surrogazione avverrebbe così rispetto al *valore* alienato per via dell'ipoteca: col valore ipotecario del creditore posteriore venne pagato il credito anteriore, e quindi la surrogazione a favor suo nel residuo valore ipotecario che a questo riferivasi.

La costruzione non par che risponda alla legge. Difatti, se la surrogazione avesse la ragion sua nel pagamento, si sarebbe dovuta esplicare sul *credito*: e quando s' obbiettasse che tal conseguenza ripugna ai concetti su cui è impostata la teoria, affermandosi in quest'ultima la sostituzione rispetto alla sola ipoteca, al solo valore ipotecario, si potrà ancora obbiettare fortemente che non la cosa ipotecata, ma la prima ipoteca dovrebbe sussistere rispetto al creditore rimasto perdente, pel valore ch'era dedotto nel rapporto ipotecario che gli apparteneva. Si può soggiungere, è vero, che l'ipoteca anteriore rimane in quel modo ch' è detto nell'obbiezione, e che vien di necessità spostato il grado, perchè altrimenti il creditore posteriore fruirebbe di un vantaggio ch' è superiore all' interesse suo: ma s'andrebbe così di fronte alla difficoltà già discussa, intorno la possibilità di separare l' onere ipotecario dal *grado*, che, derivando dal tempo in cui è costituito, è parte necessaria della sua entità giuridica.

335. S'è detto che il motivo della legge, dedotta da un ordinamento più antico sul concorso d'ipoteche generali con ipoteche speciali (1), e mantenuta pel caso d'ipoteca anteriore su *più* beni concorrente con ipoteca posteriore su di *uno od alcuno degli stessi beni*, è il sospetto di *collusione* tra il titolare dell' ipoteca poziore ed il debitore, o il terzo possessore di alcuno dei beni ipotecati, od

(1) V. la n. preced.

Digitized by Google

altri creditori, sia ipotecari oppur chirografari: accordo vôlto al fine di esercitare l'ipoteca sulla cosa o sulle cose pur soggette ad altra ipoteca posteriore in grado, in modo, che per l'esercizio del diritto ipotecario anteriore segua la necessaria estinzione di quello posteriore per la sopravvenuta distruzion dell'oggetto: e così, i beni rimanenti sian liberi, oppur sottoposti all'esercizio pieno di altri diritti ipotecari, o della sicurtà patrimoniale, spettanti ai creditori chirografari. Il creditore ipotecario anteriore è certamente libero di esercitare il suo diritto su qualunque dei beni egli voglia, sebben la legge temperi questo potere in vista della possibilità di *atto emulativo* da parte sua contro un creditore ipotecario posteriore: il quale non potrebbe lagnarsi se quel creditore si vale dell'intero poter suo sulla cosa, e che legalmente gli spetta, ma ben può gravarsi di quell'accordo vôlto a suo danno: ed il semplice pericolo di tal collusione, e dell'atto emulativo che ne consegue, ha indotto la legge a tutelare il diritto del creditore ipotecario rimasto perdente.

Questo il motivo del provvedimento, ch'è parte dalla dottrina sugli atti emulativi, e mostra come il pieno esercizio del proprio diritto non renda in colpa il titolare (1), e soltanto la legge, dove lo creda opportuno, possa intervenire a temperarlo. Ma la costruzione teorica si può valere del concetto della surrogazione, sol ricorrendo alla figura della *sostituzione* o *surrogazione reale:* il diritto del creditore ipotecario posteriore riman per essa saldo, col grado derivantegli dalla costituzion ch'ebbe, e soltanto nel *luogo* della cosa che originariamente vi era dedotta, altra vi è posta, quella cioè ch'era pur soggetta all'ipoteca anteriore di già fatta valere. Non è dunque il diritto di credito che si trasporta dall'ipoteca anteriore:

(1) Che la legge, cui spetta il còmpito sovrano di definire il *diritto*, possa dichiarare doversi questo contenere entro i termini dell'esercizio utile, quante volte l'inutilità dell'esercitarlo corrisponda al danno effettivo che altri ne risenta o possa risentirne; che cioè il riconoscimento e la protezione del diritto s'estendano fin dov'è « l'*interesse* » dell'agente, considerato qual sostrato del diritto soggettivo, dal momento ch'è ancor possibile la protezione del semplice *interesse*, sebben questo non assuma, per l'ordinamento legislativo, contenuto e caratteristica di vero diritto, secondo avvien dei diritti e riflessi; che la legge possa pur stabilire la non esistenza di azion lêgittima giuridica, quando l'emulazione sia condotta con dolo, o pur con sola colpa grave o leggiera; nessun dubbio. Ma dove la legge non ha temperato l'esercizio pieno, rigido del diritto, o in modo generale, oppure fissando limiti speciali, certi, come avvien delle servitù dette legali, o nel regolamento speciale delle acque, o in altri casi particolari, non vi è *aemulatio* qual abuso di diritto.

Digitized by Google

questa è rimasta estinta in conseguenza dell'esercizio fattone, e il diritto ipotecario del creditore posteriore, il cui esercizio era perciò diventato impossibile, riprende il vigor suo, col proprio grado, per la surrogazion della *cosa* (non dell'ipoteca), sottoposta all'ipoteca anteriore. Certo, con questo modo di costruire non si respinge al tutto l'idea su cui è condotta la dottrina combattuta: il concetto del vantaggio che dal danno del creditore posteriore ha risentito il creditore anteriore, entra pure a dichiarare la surrogazione ordinata: ma la costruzion proposta par che meglio risponda alla tecnica giuridica.

336. Dichiarata così la ragion della legge, s'intende che alla surrogazion descritta ha diritto il creditore ipotecario posteriore che sia rimasto perdente, quando altre cose od altro *valore* sopravanzino all'esercizio del diritto ipotecario fatto dal creditore con grado anteriore: se nulla avanzasse, la ragion della surrogazione, il vantaggio di quest'ultimo creditore, l'*oggetto* stesso della surrogazione mancherebbero affatto. E secondo la costruzion proposta, e secondo la legge, se la surrogazione non altera punto il rapporto ipotecario rispetto al quale avviene, il diritto che ne deriva al titolare sul nuovo oggetto sta in relazione al suo grado ed al tempo della sua originaria costituzione: perciò, i diritti dei creditori anteriori a lui in grado, rimangono impregiudicati (1). Dei diritti che altri *terzi* avessero acquistato e conservato sulla cosa, prima che fosse costituito il diritto ipotecario del creditore rimasto perdente, si dirà a parte.

337. Perchè su questo punto è grave la disputa, e serio il motivo di dubitare che la suscita. Per un verso, argomentando dalla stessa costruzion proposta, del non mutarsi il grado del rapporto ipotecario spettante al creditore rimasto perdente, parrebbe che il terzo, acquirente di un diritto sulla cosa, fissato anteriormente a tal grado, all'iscrizione cioè che questo concerne, debba aver inalterato il suo acquisto; il creditore stesso ben sapeva che la cosa non era più nella garanzia generale offertagli dal patrimonio dell'obbligato (2), e la legge, come s'è detto, limita espressamente all'iscrizione del

(1) C. civ., a. cit.

(2) Cass. Palermo, 30 marzo 1895 (*G. ital.* 1895, I, 1, 517); Cass. Firenze, 28 nov. 1898 (*ib.*, 1899, I, 1, 12). Cons. pure Coviello, in *G. ital.* 1894, I, 1, 1060.

Digitized by Google

creditore rimasto perdente la virtù della surrogazione che ordina (1). D'altra parte poi, sta il motivo onde la legge ebbe spinta a dar il provvedimento descritto, il sospetto cioè, il pericolo di accordo tra il creditore anteriore ed altri interessati a danno del creditore rimasto perdente, ed in vantaggio proprio: la qual possibilità ben può esistere rispetto al creditore anteriore e ad un terzo possessore, interessato a consigliare d'intraprendere la liquidazione su altra cosa da quella ch'egli ha. Nè a diverso risultato si giunge, quando s'argomenti dal criterio del « *pagamento* » della surrogazione che ne consegue.

E questa considerazione par debba prevalere (2). Certo, si può facilmente obbiettare, che se la legge ha fermato l'efficacia della surrogazione rimpetto agli altri creditori, lo stesso limite deve di necessità operare anche nel riguardo dei terzi possessori, non essendovi ragion veruna di distinguere: ma ben si risponde, che l'aver la legge detto dei soli creditori e non dei terzi possessori, indica già il valor suo rispetto alle persone di fronte alle quali è fissata la virtù del limite ordinato. E giustamente: perchè la collusione è ben più grave a danno del creditore posteriore in grado, se esercitata da un terzo possessore, di quel ch'è quando vi concorra un altro creditore: nel primo caso, egli è assolutamente estraneo alla cosa, rimpetto al diritto prevalente del terzo: invece nel secondo l'interesse suo è coordinato a quello degli altri creditori, serbando egli il diritto al valore ch'è nella cosa onerata, giusta la legge del concorso.

La legge estimò dunque in vario modo la collisione e la semplice concorrenza dei diritti: e argomentando ora da questa ragion sua, si può interpretarla, estendendo all'ipotesi che i terzi abbiano sulla cosa diritti reali di godimento, quanto essa ordina pel caso che sian titolari d'ipoteca (diritto reale di garanzia). Ancor qui il concorso non elide

---

(1) C. civ., a. cit.: riferendosi la legge al *creditore*, par che accenni al rapporto di garanzia impropria risultante dal fatto giuridico dell'obbligazione, e ch'è il sostrato della sicurtà ipotecaria: onde la decisione richiedente che i beni su cui si pretende la surroga, esistano nel patrimonio dell'obbligato al momento in cui il creditore divien tale.

(2) S'argomenta così dal fine ch'ebbe la legge nell'ordinare la surroga, e dalla costruzion proposta sul concetto del « *valore ipotecario* » in relazione al « *valore ch'è nel rapporto di credito* ». Nessun dubbio poi rispetto alla surroga v'ha, nel caso che il terzo sia obbligato in solido col debitore verso il creditore che la pretende: Cass. Napoli, 17 sett. 1898 (*Giur. it.* 1898, I, 1, 1012).

Digitized by Google

il diritto del creditore ipotecario rimasto perdente: egli ha sempre il poter sulla cosa, pel valore che vi è lasciato dai diritti reali che la gravano.

338. Nè a minor dubbio dà causa l'altra questione, intorno il sapere se si dia la surrogazion descritta quando la cosa su cui ha pure ipoteca il creditore anteriore sia di un terzo, che abbia figura di terzo costituente l'ipoteca pel debito altrui: a parte la considerazion già fatta pel caso indagato dianzi, che cioè non trovandosi la cosa nel patrimonio dell'obbligato non poteva far parte della garanzia patrimoniale (garanzia impropria) spettante in genere ai creditori, e quindi il creditore rimasto perdente non potrebbe connettervi in alcun modo il diritto suo di sicurtà specializzato per via dell'ipoteca: v'è un altro argomento che meglio determina questa ragion di dubitare. Ed è tolto dall'entità stessa della sicurtà costituita dal terzo: s'è già notato come vi predomini la figura della garanzia, e s'è perciò negato al titolare il diritto di cederla (1): onde pare, che, ad esser conseguenti, si debba pur negare la possibilità di dedurla, per surrogazione, nel rapporto ipotecario del creditore rimasto perdente.

La considerazione è grave: e pure non decisiva. Ad accoglierla osta fortemente la ragion della legge, essendo qui palese il pericolo della collusione temuta a danno del creditore di grado inferiore: non è discutibile l'interesse del terzo costituente l'ipoteca a far sì che il creditore anteriore non proceda sulla cosa ch'egli onerò, ed eserciti invece il suo diritto su altra cosa che parimenti gli è ipotecata. E allora, il motivo del provvedimento speciale deve prevalere al tutto nel dichiararne l'estensione.

339. In entrambe le ipotesi or esaminate, può avvenire che la cosa rientri od entri nel patrimonio del debitore: il fatto ha importanza pel caso che s'accolga la dottrina qui respinta. E certo è, che dal giorno in cui l'acquisto sia fissato secondo la legge, la surrogazion descritta avrà valore: le ragioni su cui tal teoria è fondata non varrebbero più ad impedire la virtù di questo provvedimento, ordinato dalla legge per giusta considerazion di equità.

---

(1) V. il cap. preced.

Digitized by Google

340. All'efficacia della surrogazione non occorre alcuna formalità speciale (1): del diritto ipotecario di cui è titolare il creditore rimasto perdente, i terzi son avvertiti per via dell'iscrizione che direttamente lo concerne: dell'onere sulla cosa che vi entra in surrogazione, hanno pur conoscenza dall'iscrizione tolta dal creditore di grado anteriore. La surrogazione è di cosa già onerata a quella dedotta in origine in altro rapporto d'ipoteca: trasporta cioè la cosa ipotecata in altro rapporto ipotecario, che mantien così intatta la propria entità, il proprio grado: perciò il creditore, a favor del quale opera questa provvisione speciale della legge, non ha obbligo, ma soltanto facoltà di domandar che sia *annotata* la surrogazione avvenuta. E per tale facoltatività, la mancanza dell'annotazione non dà effetto prevalente all'annotazione che altri (cessionario, o creditore pur avente diritto a surrogazione ipotecaria) avesse curato (2).

341. Altra surrogazione oggettiva propria s'ha nella sostituzion legale che alla cosa onerata, perita o danneggiata, si faccia del *valore* dovuto per virtù di assicurazione della cosa stessa (3), o per l'obbligo al risarcimento che incombe al danneggiante (4). Ma qui, meglio che di surrogazione, può dirsi di *trasformazione* della cosa: e l'entità del provvedimento sarà descritta nello studio dell'estinzione dell'ipoteca a ragion della perdita della cosa ipotecata (5).

§ 3.

Di altre modificazioni nei termini del rapporto reale d'ipoteca, che son soltanto correzioni rispetto al credito od alla cosa onerata.

SOMMARIO. — **342.** Ragion di queste modificazioni. Distinzioni. Alcune son volontarie. Altre legali. Di queste ultime, alcune si riferiscono al *credito*, quando sia indeterminato, altre alla *cosa*, a fin di ovviare alla *generalità* ch'è rimasta

(1) C. civ., a. cit.

(2) Cons. e cfr. BERTOLLI, in *Giur. it.* 1883, IV, 115.

(3) C. civ., a. 1951.

(4) C. civ., a. 1299: e la surrogazione oggettiva è qui giustificata dalle stesse considerazioni dichiaranti l'art. 1951 cit. Cons. DARRAS et TARBOURIECH; *De l'attribution en cas de sinistre d. indemn. d'assur. et d. autr. indemnités.* (Par. 1899), n. 22 e segg. Cfr. GUILLOUARD, op. cit., I, 161; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., I, 291.

(5) V. in seg.

Digitized by Google

nella causa di certe forme d'ipoteca. — **343**. Differenza tra i due casi di riduzione. — **344**. Elementi riferentisi al primo. — **345**. Elementi proprî del secondo. — **346-348**. In quali casi la riduzione è assolutamente esclusa. A chi spetti il diritto di chiederla.

342. A fin di differenziare le modificazioni proprie che possono occorrere nei termini dell' ipoteca senza alterarla, s' è già osservato che se ne dànno di altre, che non modificano, e soltanto correggono gli elementi già fissati del rapporto (1): cosicchè, la mutazione vi è in quanto è indotta dalla correzione, ma è soltanto apparente, sebben pur essa lasci immutati questi termini. Or s'intende, che tali correzioni possono aver causa nella volontà delle parti interessate, oppur nella legge, e riferirsi ad uno o ad entrambi gli elementi fondamentali del rapporto, il *credito* cioè (il valore *alienato*, garantito) e la *cosa* onerata: e s' intende pure, che, qualunque sia di queste due or indicate la causa che le determina, qualunque sia dei due or descritti l' elemento su cui si svolgono, le correzioni, purchè secondo la lor natura non cangino il rapporto, non possono in alcun modo *aumentare il credito od aggravare l'onere*. La correzion che modifica l'aggravio diminuendolo, lascia intatto il diritto costituito, che riman sempre nei limiti entro i quali la costituzione avvenne, riducendosi per essa la quantità dell'onere: quella invece che amplia l'aggravio, estendendo il credito (valore onerato), od il numero delle cose onerate, muta l'*oggetto* del diritto, la *quantità del valore* alienato, e quindi altera il rapporto, che risulta nella sua realità dal modo col quale è stato costituito per via dell'iscrizione. Specialmente rispetto ai terzi, è ben certa la *novità* dell'aggravio, la cui esistenza richiede perciò un'iscrizione speciale (2).

343. Le cause di correzione, fissate dalla legge, e che per la ragion loro non si possono estendere oltre i termini dell' ordinamento che le concerne, si riferiscono a quella relazion di garanzia esistente tra il credito e l'ipoteca, che, secondo il suo fine economico e giuridico, esigerebbe il corrispondersi nella quantità rispettiva dell'obbligazione garantita e della sicurtà reale. Ma di tal cor-

(1) V. il cap. preced.

(2) Rimarrebbe altrimenti elusa la ragion della *pubblicità*, vôlta a dichiarare la condizion reale della cosa onerata.

Digitized by Google

rispondenza la legge si preoccupa soltanto in due casi, in cui parrebbe impedita o turbata dal modo col quale venne ordinato l'istituto ipotecario: era giusto che certe conseguenze delle provvisioni sue, contraddicenti allo scopo dell'ipoteca, ed all'ordinamento dato a tutela del credito, fossero corrette con opportuni temperamenti.

Perchè, secondo i principî esposti, se alla creazion dell'ipoteca non è necessario che il credito sia determinato, la realità stessa del rapporto esige nel costituirlo la designazione del valore alienato a fin di garanzia: così, se l'indeterminatezza non impedisce la fissazion dell'onere reale, di questo vantaggio concesso al creditore non debbono rimanere continuamente offesi l'obbligato, ed il terzo che consentì l'ipoteca. La quale trae l'esistenza sua dal rapporto in cui è con l'obbligazione ch'è destinata a garantire, e quindi, se il non essere determinato il credito non vieta di costituirla, non ne vien perciò che tal costituzione, inducente un'alienazion di valore sproporzionata in quantità al credito vero, debba essere costantemente mantenuta: la facoltà concessa al creditore sposterebbe il fine della garanzia e, contrariamente alla tutela del credito dell'obbligato o del terzo concedente l'ipoteca, l'alienazion di valore ch'è in quest'ultima, supererebbe il valore ch'è nell'obbligazione garantita.

Il primo caso di correzion legale si riferisce dunque all'eccessività del credito figurante nella costituzion dell'ipoteca, rimpetto alla quantità vera ch'esso ha, e che non era determinata al momento dell'iscrizione: tende a che, secondo lo scopo della garanzia, il valore contenuto nel rapporto personale corrisponda a quello dedotto nel reale. La qual tendenza è pure nel secondo caso di correzione relativo alla *quantità* della cosa dedotta nell'ipoteca: la legge consente, in materia d'ipoteca legale propria e d'ipoteca giudiziale, di togliere l'onere su ogni cosa ipotecabile ch'entri nel patrimonio dell'obbligato, e s'ha nel suo provvedimento una rimanenza dell'antico concetto della *generalità* dell'ipoteca, sebbene, in conformità ai principî nuovi, questo carattere si riferisca all'origine, alla causa dell'ipoteca, non alla specifica costituzion sua: ora, da quest'ordinamento il fine della garanzia può ricevere offesa. Perchè il creditore potrà, valendosi del diritto suo, far inscrivere l'ipoteca su di una quantità di cose sproporzionata alla quantità del credito che gli spetta, e così l'obbligato avrebbe danno non lieve: e qui (a differenza del primo caso, in cui la sproporzione corre tra il *valore* ch'è veramente nell'obbligazione, ed il valore ch'è nell'ipoteca) la

Digitized by Google

sproporzione sta tra il *valore* determinato, e l'*onere* costituito. Il fine della garanzia si esplica cioè nella correlazione tra la *quantità del valore alienato*, e *l'estensione dell'onere in cui l'alienazione si manifesta.*

344. Le due cause di correzion legale, son vôlte dunque a temperare l'effetto non giusto che in riguardo del fine della sicurtà lo stesso ordinamento ipotecario potrebbe produrre: la prima si riferisce all'*eccesso del valore dedotto nell'ipoteca, in confronto a quello dell'obbligazione* (ch'era indeterminato), la seconda, all'*eccesso dell'onere in confronto del valore garantito*. E da questa diversa ragion loro di essere, e dal diverso fine cui tendono, si possono inferire le altre differenze che le separano: la prima causa, vôlta a correggere gli effetti dell'indeterminatezza del credito, si riferisce a qualunque ipoteca, potendosi connettere un'ipoteca convenzionale, o legale, o giudiziale ad un'obbligazione indeterminata; la seconda invece, ch'è diretta a correggere ciò che di « *generalità nell'ipoteca* » rimane nell'ordinamento ipotecario attuale, si riferisce a quelle sole specie d'ipoteca in cui tal carattere si osserva, e cioè alle sole ipoteche legali proprie (non alle legali tacite) ed alle giudiziali (1).

Rispetto ad entrambe poi, a fin d'impedire che una differenza lieve possa determinare, con spese e danni degl'interessati, la correzion dell'iscrizione, è designato espressamente dalla legge il criterio indicante quando s'abbia la sproporzione in misura tale da poter essere corretta: così, se la correzione difende l'obbligato contro la possibilità di atti emulativi o d'ingiuria del creditore, il criterio estimativo della sproporzione difende il creditore contro la possibilità di atti emulativi dell'obbligato o del terzo concedente l'ipoteca: la legge cioè determina, quando s'abbia offesa, e ne fissa le conseguenze (2).

345. Il criterio che, a comporre gl'interessi contraddicentisi del creditore, e del debitore od altro costituente, è fissato pel primo dei due casi di correzione or descritti, vôlto a togliere la sproporzione tra il credito risultante dall'iscrizione ed il credito reale, è

(1) C. civ., a. 2024, 2025. C. civ. fr., a. 2161, 2131, 2143 e segg.
(2) C. civ., a. 2026, 2027.

Digitized by Google

che il valore enunciato superi di un quinto il valore veramente dovuto (1). Composizione ragionevole assai: il diritto del creditore potrebbe giustificare l'atto suo d'inscrivere del credito indeterminato al momento della costituzion dell'onere, quel valore che *a suo giudizio* gli paia poter corrispondere a quanto realmente apparirà dovuto in sèguito: il diritto del debitore (o del terzo costituente) par che d'altra parte giustifichi la pretesa di far ridurre il valor iscritto nei termini segnati dall'entità vera del credito. E s'aggiunge a ciò, che il debitore, tenendosi per ingiuriato dal fatto del creditore, potrebbe chiedere, asserendolo in colpa, il risarcimento del danno patrimoniale che dall'iscrizione esagerata possa aver patito: sorgerebbero così questioni gravi e delicate, intorno all'accertare se, e in qual misura, l'indeterminatezza del credito sia di scusa all'atto del creditore.

Difficoltà saviamente tolta: il conflitto degli interessi è composto con la regola che nell'atto del creditore determina l'ingiuria (oggettiva) quando il valore iscritto, tenuto conto del capitale dovuto e di tutti gli accessorî cui l'iscrizione per sua virtù legale si estende (2), superi di un quinto il valore ch'è in effetto dovuto. E stante l'indeterminatezza del credito ostacolante l'iscrizione, e però impedente al creditore l'esercizio del suo diritto d'ipoteca, non fa, nè consente si faccia, question di colpa nell'atto volto alla correzione: così regolando il rapporto derivante dalla semplice ingiuria, ne riduce gli effetti all'obbligo del creditore di pagar le spese della riduzione che nel suo fatto ebbe causa.

Il qual regolamento di responsabilità vale soltanto per quel che alla procedura di riduzione si riferisce direttamente: se nel giudizio sorgessero altre contestazioni, ogni question di spese e di danni dev'essere risoluta secondo i termini della legge comune (3).

346. Il secondo caso di correzione avviene, se il creditore, valendosi della generalità ch'è nella causa del suo diritto d'ipoteca, abbia tolta iscrizione su cosa che valga più di quanto occorra per la sicurtà del suo credito: la legge pon qui a criterio accertante la sproporzione l'ecccedenza di un *terzo* tra il valore delle cose

(1) C. civ., a. 2026 cit.
(2) C. civ., a. cit.
(3) C. civ., a. 2028.

Digitized by Google

ipotecate ed il valore del credito, così com'è garantito dall'iscrizione (1). Si potrebbe dire, che il fatto dell'*indeterminatezza* delle cose su cui l'ipoteca deve consistere, è pure ragion della correzione: ma più correttamente si coglie lo spirito della legge, quando si ponga il provvedimento correttivo suo in relazione alla *generalità* che s'è descritta, e che rimane in alcune forme d'ipoteca (2). Si scorgerà così agevolmente l'entità del criterio misuratore posto a fissar l'eccedenza, ed il carattere stesso della correzione: siccome il creditore si vale interamente del diritto che la legge gli dà, di far iscrivere l'ipoteca sulle cose ipotecabili esistenti nel patrimonio dell'obbligato a misura che vi entrino, non si può dire a suo carico ch'egli abbia commesso ingiuria. E si scorge qui la differenza che separa dal primo questo secondo caso di correzione: l'atto del creditore non è illecito, ma la legge, a fin di tenerlo in relazione col fine della garanzia, ch'è la ragion per cui è stato concesso, lo tempera, provvedendo al pericolo di eccesso nel giusto esercizio del diritto alla possibilità di un atto emulativo. Perciò estende il criterio misuratore dell'eccedenza, fissandolo ad un terzo in più del valore ch'è nella cosa onerata in confronto del credito: e tolto all'atto ogni carattere d'ingiurioso, mette le spese della correzione a carico del richiedente; delle altre che si riferissero a contestazioni sorte nella procedura, il giudice deciderà secondo la legge generale (3).

Il confronto onde si può determinare la correzione, si riferisce al *valore dell'onere* ed al *valore del credito garantito dall'iscrizione* (4): parrebbe perciò, che, non riferendosi al numero delle cose sottoposte a sicurtà, la correzione possa seguire anche se *una cosa soltanto sia dedotta* nella costituzion d'ipoteca (5). Ma la decisione contrasta profondamente alla ragion dell'istituto, diretto a temperare quella *generalità* già descritta, ch'è ancor la caratteristica di alcune cause dell'ipoteca: ed alla stessa lettera della legge, accennante ai *beni* su cui l'onere è stato costituito: onde non par possibile l'accoglierla.

---

(1) C. civ., a. 2027 cit.
(2) V. il pres. cap. in pr.
(3) C. civ., a. 2028 cit.
(4) C. civ., a. 2026, 2027 cit.
(5) Con. Aubry et Rau, op. cit., III, § 282; Troplong, op. cit., III, 749; Pont, op. cit., I, 603; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1922.

Digitized by Google

347. Il diritto di chiedere la correzion dell'iscrizione, spetta in genere all'obbligato, ed a qualunque altra persona possa avervi interesse vero e legittimo, in virtù di rapporto esistente rispetto alla cosa stessa onerata, oppure al patrimonio del debitore. Più determinatamente, posson chiedere la riduzione per l'eccedenza del credito l'obbligato, ed il terzo costituente l'ipoteca pel debito altrui, ed i rispettivi aventi causa: e tra questi anche i creditori chirografari, a causa della garanzia generale loro offerta dal patrimonio del debitore. Per l'eccesso dell'onere in confronto del credito reale, possono domandarla l'obbligato ed i suoi aventi causa, riferendosi il rimedio al solo caso d'ipoteche costituibili per legge sulle cose componenti il patrimonio del debitore (1).

La prova dell'eccedenza del credito, o dell'onere, si può dare con tutti i modi concessi dalla legge, ed idonei alla dimostrazione di ciò che l'interessato afferma: l'eccesso dell'onere deve specialmente risultare da perizia condotta sullo stato delle cose al momento in cui la sicurtà venne costituita. Perchè in tal tempo segue la fissazion del diritto reale per via dell'iscrizione, e la ricerca relativa alla domanda di correzione è vôlta ad accertare se allora il costituente abbia ecceduto nell'esercizio del suo diritto: s'esercitò correttamente il poter suo, giusta la concessione fattagliene dalla legge, il rapporto reale è stato ben costituito, ben fissato; ed il susseguente aumento di valore rispetto a qualcuna delle cose onerate, od a tutte, non rende ingiusta l'estensione che bene il rapporto ebbe al suo nascere. La stessa lettera della legge conforta, quando ve ne fosse bisogno, tal decisione: vi è detto infatti della garanzia « *da costituire* », e la locuzione non si può altrimenti intendere che rispetto al tempo della costituzion dell'onere.

348. Ma se il valore ch'è indicato nell'iscrizione, od i beni su cui l'ipoteca è stata imposta, fossero stati designati dalla volontà delle parti o da sentenza, la correzione non è più ammessibile ancorchè l'eccesso or descritto esista: il costituente avrebbe in questi casi esercitato correttamente il poter suo, perchè la costituzion dell'onere sarebbe sempre nei termini segnati o dalla volontà del conce-

(1) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1923. Il terzo costituente non lo può, perchè la costituzione dell'onere è derivata dalla concession volontaria sua: e s'è detto che avverso l'ipoteca volontaria non è ammessibile la riduzione.

Digitized by Google

dente, che, allegando poi l'eccesso, non potrebbe più impugnare la fatta concessione(1): o fissati dal giudice, che, determinando la somma per cui la garanzia ipotecaria dev'essere data, od i beni che a tal fine debbono essere onerati, segna rispetto a tutti gli interessati l'estensione del rapporto ipotecario (2).

Alle questioni che in materia di riduzione s'hanno rispetto all'ipoteca legale dei minori od interdetti e della donna maritata, s'è già accennato nè occorre riandarle. Qui basterà soggiungere, a maggior chiarimento dei concetti esposti, che all'infuori dei due casi descritti, e salva sempre la riduzion del credito, o dell'onere ipotecario, per volontà delle parti interessate, nessuna correzione a questi termini fondamentali del rapporto ipotecario è possibile. Quindi, non sarebbe fondata la domanda di riduzione motivata dall'aumento di valore sopravvenuto dopo la costituzion dell'ipoteca rispetto a qualcuna od a tutte le cose onerate: o dall'esistenza di altre cautele sufficienti a garantire il credito, come s'avrebbe nel fatto del debitore, che, alienato l'immobile ipotecato, lasciasse presso l'acquirente la somma necessaria al pagamento del suo debito, e di ciò avvertisse il creditore (3): e come s'avrebbe ancora nel caso di espropriazion di parte dell'immobile onerato, se il proprietario (debitore o terzo) volesse negare al creditore il diritto di concorrere sull'indennità d'espropriazione, allegando che nella rimanente parte dell'immobile è un valor sufficiente a garantire il credito inscritto (4).

---

(1) C. civ., a. cit. Cons. Duranton, op. cit., XX, 207; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 142 *bis*, IV; Pont, op. cit., I, 687; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1922.

(2) S'intende, che se dopo la riduzione ordinata per la determinazion del credito, questo assumesse in sèguito una maggior entità di quanto la sentenza abbia fissato, il creditore potrà ben procedere a *nuova* iscrizione; *nuova*, perchè dal giorno della costituzione così seguìta l'onere ipotecario avrà esistenza e grado. Cons. Thézard, op. cit., 83. Nè ciò contraddice in modo veruno al poter discrezionale del giudice di estimare e valutare i crediti indeterminati (Cass. fr., 16 apr. 1889, in *J. du P.* 1889, 1, 661), riferendosi la specie a nuova esplicazione avvenuta della *stessa* ragion di credito.

(3) Cons. Pont, op. cit., I, 603; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1922.

(4) Cons. Pont, op. cit., I, 101; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1923.

Digitized by Google

CAPITOLO IX.

Gli effetti dell' ipoteca costituita.

Generalità.

Sommario. **349.** La fissazione del rapporto reale, non toglie tuttavia la relazion di *garanzia* tra l'onere ed il credito garantito. — **350.** Conseguenze di questo concetto fondamentale sulla partizion della materia.

349. Dei due concetti fondamentali per cui si determina, secondo lo svolgimento storico ch' ebbe, il diritto d'ipoteca, s' è già detto: rapporto di garanzia apparisce nel primo, di alienazion di valore come onere reale si mostra nel secondo, e queste due figure unendosi a dar la fisonomia all'istituto odierno, dànno il criterio occorrente a distribuirne gli effetti.

Garanzia è l'ipoteca nel suo fine economico e giuridico, e questo suo carattere l'unisce al credito in relazione al quale ebbe origine: vero, che l'accessorietà che così la vincola non impedisce di poter disporne separatamente dall'obbligazion garantita, dovendosi intenderla nel senso che l'onere reale abbisogni di un credito cui si connetta, sebben diverso da quello originario pel quale nacque; ma vero del pari, che in altro modo tale accessorietà opera, in quanto il credito originario come influì sulla nascita dell' ipoteca, così riman sempre ragion del suo essere. Difatti, e qui il concetto dell'alienazion di valore si connette all'altro della garanzia, il valore ch'entra nel rapporto d'ipoteca è quello dedotto nel titolo garantito, e l'estensione originaria dell'ipoteca fissata in relazione a quest' ultimo non muta, ancorchè muti poi il credito cui s'unisce: così, l'accessorietà, e quindi il concetto della garanzia, s'esplica in relazione ad un credito in genere, ed al credito in occasion del quale è sorta.

Il qual modo d'intendere l'*accessorietà* e la garanzia, e che prevale al tutto nell'ipotesi dell'ipoteca costituita da un terzo pel debito altrui, toglie, come s'è già osservato, un aspetto speciale quando si confronti la *garanzia* ch' è nell' ipoteca a quella che in ge-

Digitized by Google

nere è prestata ai creditori dal patrimonio dell' obbligato. Ancor qui vi è un'alienazion di valore, ma del valore ch'è nell'obbligazione, nell'elemento economico del rapporto personale: è il ripercotersi che fa il vincolo sul patrimonio dell'obbligato, è quanto di *patrimoniale* entra nella relazion di credito, e che, per la ragion del suo essere, si riferisce al « *patrimonio* » considerato astrattamente qual' emanazione economico-giuridica della persona cui fa capo, al valor generico che vi è cioè contenuto (1). Invece, la *garanzia* ch'è nell'ipoteca si esplica con la forma dell'alienazion del valore contenuto nella cosa particolarmente sottoposta a sicurtà, ed operante qual *onere* su di essa: e questo nuovo unirsi della garanzia e dell'*alienazion del valore* consente di coordinare ed intendere simultaneamente, l'*accessorietà* e l'*indipendenza dell'ipoteca*. Difatti, al rapporto personale garantito inerisce sempre la garanzia generale offerta dal patrimonio, specializzantesi, pel rapporto reale, come alienazion distinta del valore ch'è in cosa determinata: e per l' indipendenza giuridica dei due rapporti, la specializzazion di garanzia ch' è nel reale non può sopprimere quella generale ch' è nel personale, ma soltanto gli dà una prevalenza manifestantesi in un obbligo imposto al titolare che voglia procedere all'esecuzione (2).

Che il concetto di alienazion di valore derivi dall' « *esecuzione reale* » cui il creditore, col mutarsi e integrarsi del concetto di *obbligazione*, ebbe poter di procedere; che questa *esecuzione*, ch'era obbligazion del patrimonio, sia diventata *obbligazione della cosa*, ossia diritto al valore ch'è in essa, e però *sicurtà, garanzia speciale*, s'è già osservato (3). All'elemento patrimoniale dell'obbligazione corrispondono i concetti di *alienazion generale patrimoniale di valore* = *garanzia generale patrimoniale* (garanzia impropria) = *esecuzione reale sulle cose componenti il patrimonio:* al rapporto reale d' ipoteca corrispondono invece i seguenti: *alienazione speciale del valore ch' è in certa cosa* = *garanzia specializzata su certa cosa* = *esecuzione reale su certa cosa.*

350. Dai concetti costituenti la ragion dell' istituto ipotecario,

(1) Pei concetti esposti riman meglio fissata la caratteristica del rapporto d'ipoteca, ch'è *accessorio* (v. il vol. I, cap. I) e pure *indipendente*.

(2) C. civ., a. 2080.

(3) V. vol. I, c. I; e in q. vol. il c. I.

Digitized by Google

ora ripresi a fin d'indagare minutamente gli effetti del diritto d'ipoteca, si può dedurre la partizion seguente:

A) pel carattere della *garanzia:* l'ipoteca costituita produce effetti speciali rispetto,

1° *al credito garantito,* per l'estensione sua;

2° *al patrimonio dell'obbligato,* per la specializzazione della garanzia;

3° *al terzo costituente l'ipoteca,* prevalendo nel rapporto la figura della garanzia;

4° *agli altri creditori,*

a) per via del *concorso,*

b) della fissazione dei diritti ipotecarî, in occasion di giudizio di purga, o di espropriazione;

B) pel carattere di *alienazione speciale di valore, costituita con la forma di* onere reale (esecuzione reale), l'ipoteca produce effetti particolari rispetto

1° *al debitore*, pei diritti che gli rimangono sulla cosa onerata;

2° *alla cosa onerata:* in ispecial modo pel diritto di vendere, e per l'esecuzione su cosa indivisa;

3° *al terzo possessore,* non obbligato personalmente al pagamento del debito garantito.

C) I due caratteri or descritti s'uniscono in fine a dichiarare gli effetti dell'ipoteca costituita, di fronte agli altri creditori che abbiano pur ipoteca sulla medesima cosa: per un verso essi son creditori ai quali è specializzata la garanzia sullo stesso oggetto, e poi, per l'alienazion di valore ch'è nell'ipoteca spettante ad ognuno, son titolari dell'onere reale in cui tale alienazion si rivela. Ma la semplificazione della materia, e la chiarezza dell'esposizione che ne consegue, obbligano a non designare come speciale questa classe di effetti: che rientrerà quindi nella classe generale suindicata degli effetti dell'ipoteca rispetto ai creditori in genere.

§ 1.

Effetti dell'ipoteca costituita: 1) *rispetto al credito garantito.*

SOMMARIO. — **351.** Accessorietà dell'ipoteca al credito garantito: rinvio. Estensione dell'effetto che l'iscrizione (costituzione del vincolo) produce rimpetto all'obbligazione: capitale, spese, interessi. — **352.** *Quid* se nella rata periodica

Digitized by Google

dovuta per l'estinzion del debito, venga in proporzione capitale ed interesse? — **353**. Come si provveda pel caso che maggior somma d'interessi si voglia dedurre nella garanzia ipotecaria.

351. Della relazione che, per virtù della *garanzia*, esiste tra l'ipoteca ed il credito garantito s'è già detto, nè questo punto abbisogna ora di ulterior disamina: vennero indagati e valutati i due modi in cui tale accessorietà apparisce, e s'è visto come ancor quando sia intesa rispetto al credito in occasion del quale l'ipoteca ebbe origine, non ne rimanga impedita la separazione del rapporto reale dal personale: certo, rimane ostacolata, perchè vien paralizzato l'esercizio del diritto di credito, ma ciò consegue di necessità dalla stessa ragion dell'ipoteca, dalla legge cioè di sua nascita. Neppure occorre d'insistere sul concetto di già dichiarato, che l'ipoteca garantisce l'*oggetto intero* dell'obbligazione, e cioè, non soltanto il capitale dovuto, ma anche gli interessi, ed ogni altro valore (1) connesso a quel ch'è principalmente dovuto; quali sarebbero le spese incontrate per l'iscrizione e la rinnovazion dell'ipoteca, che, eccetto il caso di patto contrario, son dovute dall'obbligato (2): nonchè le spese giudiziali poste a suo carico, o per ingiusta contraddizione al diritto del creditore, o per la procedura di liquidazione cui il creditore abbia dovuto ricorrere a fin di ottenere con l'esecuzion reale il soddisfacimento del suo credito.

Il concetto derivato dal fine di garantire ch'è nell'ipoteca, è l'estendersi della sicurtà a quanto sia dovuto in ragion del rapporto personale garantito: e l'iscrizione, che val costituzione del diritto

(1) E perciò anche i danni dovuti per mancata esecuzione dell'obbligo, purchè nell'iscrizione sian ricordati e determinati in valore.

(2) C. civ., a. 2000. L'ipoteca è difatti costituita a favor del creditore, ma pel vantaggio economico dell'*obbligato*, che non avrebbe ottenuto il credito senza la garanzia reale. La qual ragion di disporre mostra, come nel caso d'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti, l'utile intero degli amministrati induca a considerar queste spese come comprese nell'amministrazione: Aubry et Rau, op. cit., III, § 275; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 135bis, II; Laurent, op. cit., XXXI, 69; Martou, op. cit., II, 1635; cfr. Troplong, op. cit., III, 730bis: mentre per l'ipoteca legale della donna maritata gravano il marito. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 135bis, I.

S'intende, che le spese (o si riferiscano all'esistenza del titolo ipotecario, all'iscrizione ed alla rinnovazione, od all'esercizio o conservazione del diritto di credito) son garantite dall'iscrizione, purchè vi siano indicate e designate nella quantità. Cons. Aubry et Rau, op. cit., II, § 285; Laurent, op. cit., XXI, 75; Pont, op. cit., II, 991. Cass. fr. 15 ag. 1883 (*J. du P.* 1884, I, § 7).

Digitized by Google

reale, fissa tal cautela secondo l' estensione corrispondente perciò alla sua entità. Ma la legge ha voluto ristringere questa efficacia per quel che si riferisce alla quantità dell' interesse: ha pensato, che se la semplice indicazione (1) potesse valere a conservar sempre tutto il beneficio dell'iscrizione a questa parte del credito, lo scopo della pubblicità potrebbe averne grande offesa, perchè dalla non esposizione intera del valore dedotto nell' ipoteca i terzi avrebbero motivo d' ingannarsi sul valor dell' onere reale, e quindi sulla potenzialità del credito rimanente all' obbligato: e certo rimarrebbe offesa anche la sincerità dell'enunciazion del credito intero, quale risulterebbe dal solo indicar la misura dell'interesse, potendo i terzi credere ancor dovuta una quantità d' interessi che in realtà sia pagata. Si sa che alla ragion economica dell' interesse (onde la sua parificazione ai frutti naturali) inerisce la presunzione che si voglia esigerli, e si debba quindi pagarli al tempo od ai periodi fissati: al qual concetto corrisponde giustamente la ragion giuridica, ristringente in breve termine la prescrizione estintiva di tal debito (2).

Onde la disposizione limitante la somma d' interessi garantita dall'iscrizione eseguita pel debito capitale, ad un solo triennio: per l' annata in corso alla data della trascrizion del precetto immobiliare (ch'è così il momento iniziale del computo, essendo l'atto iniziante l'esecuzion reale) il primo momento della liquidazione vôlta ad ottenere il valore alienato per via dell' ipoteca), e le due annate anteriori (3): in questa misura il grado dell'iscrizione si estende agli interessi prodotti dal capitale garantito, e per quelli che decorressero successivamente alla trascrizion descritta, non occorre iscrizione alcuna, essendo quella già tolta sufficiente a conservarli (4).

(1) Che la virtù dell' iscrizione comprenda nel credito la somma principale e quanto legalmente vi si connette, s'intende: ma se non è necessario che alle *parti* singole del credito corrispondano così tante diverse iscrizioni, la ragion dell'istituto esige che nell'unica iscrizione siano *indicate* le ragioni producenti il *valore* intero indicato. L'ipoteca, e però l'iscrizione, deve riassumere in sè tutti gli elementi che occorrono a formare e dichiarare l'*alienazion del valore*, ch' è il suo contenuto; onde la necessità che le cause producenti l'alienazione, com'è determinata nell'iscrizione, siano partitamente indicate. Così, la virtù asserita all'unica iscrizione è coordinata al bisogno di enunciar la causa ond' è prodotta la *quantità* (valore) che vi è segnato. Cons. Labbé in *J. du P.* 1876, 5: e Cass. fr., 13 maggio 1874 (*ib.*).

(2) C. civ., a. 2144.

(3) C. civ., a. 2010, cit.

(4) C. civ., a. cit. Rispetto al diritto francese, nel cui ordinamento antico come nel nuovo (L. 17 giugno 1893, mod. l'a. 2151), mancano i criteri occorrenti a de-

Digitized by Google

La trascrizione apre la procedura esecutiva, e il creditore vi deduce a ragione e limite del suo diritto, il credito con gli accessorî: nè d'altra parte è possibile, dopo tal momento e fino al termine della liquidazione, il conflitto con diritti valevolmente consentiti ai terzi (1).

352. Può ben avvenire che il debito del capitale e degl' interessi, com'è garantito dall'ipoteca, si debba estinguere, secondo la legge del contratto, in varie e determinate annualità (od altri periodi minori), in modo che tenuto conto per ogni rata di parte del capitale e dell' interesse, questo nel periodo annuale rispetto a cui è conteggiato, non rappresenti tutta la quantità che dovrebbe contenere rispetto all'intero capitale. Ora, se qui si dovesse applicare nel suo rigore la disciplina della legge, nel periodo (2) d' interesse garantito dalla sola iscrizione tolta per la somma capitale, si dovrebbero comprendere soltanto quelle parti dei pagamenti periodici fissati, riferentisi ai soli interessi: e l' applicazion fatta così rispetterebbe soltanto la lettera del negozio costitutivo dell'obbligazione e dell' ipoteca, e la lettera dell'ordinamento legislativo. Perchè non par dubbio, che se questo ristringe quanto sarebbe giusta conseguenza della natura accessoria dell'interesse e del fine dell' ipoteca, la funzion cioè dell'onere di garantire tutta la prestazion dovuta per via dell' obbligazione, si debba interpretarla limitatamente come eccezione, non estenderla: e verrebbe certo estesa, se la misura degli interessi garantiti di pien diritto dall'iscrizione fosse determinata nel modo or descritto. Quindi è, che, tenuto conto del saggio dell'interesse, qual venne considerato nella fissazione dei pagamenti periodici e del capitale ancor dovuto, si dovrà valutare la quantità annuale degl'interessi, e formare così facilmente la quantità cui l' ipoteca iscritta estende senz' altro la virtù sua (3).

---

terminare il periodo nel quale la virtù dell' iscrizione s' estende agl' interessi, v. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1724 e segg.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1732; Wahl, in *J. du P.* 1892, 2, 177; Tissier (*ib.* 1893, 4, 26).

(2) Il punto occorrente a determinare il momento in cui s'apre l'*anno* in corso, è dedotto dalla scadenza ultima degli interessi. Cfr. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 131 *bis* V; ma cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 285; Pont, op. cit., II, 1017; Thézard, op. cit., 145; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1730. Se il credito fosse indeterminato, non è possibile il computo, e cessa l'applicazion della legge.

(3) Cons. Cass. fr., 20 luglio 1897 (*J. du P.* 1899, 1, 98); e App. Algeri, 13 dicembre 1897 (*ib.* 1899, 2, 63).

Digitized by Google

353. Se pei motivi esposti venne temperata l'efficacia dell'iscrizione rispetto a qualunque ragion d'ipoteca (1), ed a qualsiasi specie d'interessi, se anche cioè provenienti da costituzion di rendita vitalizia (2), ciò non vieta al creditore di esercitare il suo diritto ipotecario anche per una quantità di spese o d'interessi maggior di quella che per virtù propria è già cautelata dall'iscrizione fatta assieme pel capitale, interessi e spese: la legge ha inteso di restringere in quei termini che parvero convenienti, l'estension della costituzione, non della creazione, del titolo abilitante a costituire il rapporto, nè poteva farlo senza offesa del diritto. Perciò, se la somma del debito accessorio è garantita entro certi limiti dall'iscrizione cumulativa, il creditore può con iscrizioni speciali cautelare ipotecariamente, pel diritto che gliene vien dal titolo, la maggior quantità che pur entra in questo debito (3).

§ 2.

Cont.: 2) Rispetto al patrimonio dell'obbligato.

SOMMARIO. **354-355.** L'ipoteca costituita su cosa dell'obbligato, specializza la garanzia generale ch'è nel patrimonio, non la sopprime. Quindi, il divieto al creditore ipotecario di procedere sugli altri beni non ipotecati, prima di aver proceduto su quelli ipotecati. — **356.** Eccezione: insufficienza di questi pel soddisfacimento del credito garantito. Ragion di essa; e a chi spetti l'onere della prova. — **357.** Obbligazione solidale passiva, garantita su cose particolari di un coobbligato, o di più coobbligati.

354. La garanzia generale che il patrimonio dell'obbligato dà ai creditori, e quella particolare data dall'ipoteca su cose speciali, determinate, che lo compongono, concorrono così, che quella non ne resta eliminata: e se argomentando dal concetto di garanzia potrebbe parere che dov'è la cautela speciale, pur offerta dal pa-

(1) Non distinguendosi nel diritto italiano tra ipoteche per cui sia richiesta l'iscrizione, e altre che di tal forma non abbisognano. Nè le parti possono in alcun modo impedire l'effetto delle limitazioni così apposte alla virtù dell'iscrizione. Cons. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 274; LAURENT, op. cit., XXXI, 68.

(2) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 285; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 131*bis* XIII; LAUREET, op. cit., XXXI, 71; MARTOU, op. cit., III, 1122; TROPLONG, op cit., III, 700; PONT, op. cit., II, 1029; THÉZARD, op. cit., 149; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 1738; App. Poitiers, 7 dic. 1885 (*J. du P.* 1886, 1, 459).

(3) C. civ., a. 2010 cit.

Digitized by Google

trimonio dell'obbligato per via di cose particolari che ne fan parte, debba venir meno la generale comprendente il patrimonio per sè, quasichè il creditore, affermando la sicurtà su alcune cose, rinunzi a tenerla sulle altre, l'osservazione sarebbe assai superficiale, ed il risultato interamente errato. Certo, in virtù del titolo ipotecario che a ciò lo abiliti, il creditore fissa con riferimento a speciali cose la sicurtà cui ha diritto, ma tal fissazione, o se meglio vuolsi, tale specializzazione di sicurtà, segue per effetto di altro rapporto che non è il personale: i due rapporti s'incontrano nell'identità economica del valore patrimoniale dedotto in essi, ma il titolare non può esigerlo due volte come oggetto di relazioni giuridiche distinte: e se questa identità fa sì, che l'alienazion del valore seguìta con la costituzion dell'ipoteca s'intenda avvenuta a fin di garanzia, non perciò s'estingue la garanzia generale ch'è nel patrimonio dell'obbligato, inerendo essa ad un rapporto diverso, all'obbligazione.

I due concetti di garanzia (e lo è in senso proprio soltanto quella ch'emana dall'ipoteca) stanno dunque da sè, riferendosi a due rapporti distinti: e l'identità avvertita del valor economico dedottovi li armonizza nel senso, che sebbene tutto il valore ch'è nel patrimonio garantisca l'obbligazione, pure, quella parte di valore ch'è in alcune cose speciali che lo compongono, e che per sicurtà dell'obbligazione son gravate d'ipoteca, è particolarmente destinata ad assicurarne il soddisfacimento. Questa destinazione specializza la garanzia, non restringendo la garanzia generale ch'è nel patrimonio, ma per la prevalenza che nella funzion di garantire assegna alle cose particolarmente gravate a tal fine: conseguenza rispondente alla fissazione particolare della sicurtà.

Il risultato della costruzione proposta, e condotta sull'indipendenza giuridica e sulla relazione economico-giuridica del rapporto di obbligazione e del rapporto reale che lo cautela, è nella disposizion di legge vietante al creditore ipotecario di agire sui rimanenti beni dell'obbligato, prima di aver proceduto su quelli specialmente ipotecati a sicurtà del suo credito (1). S'ha in ciò come un benefizio di escussione a favor dei beni non ipotecati, perchè la precedenza descritta induce rispetto a questi la sussidiarietà nella funzion di garantire: i beni principalmente destinati a compierla, son

(1) C. civ., a. 2080.

Digitized by Google

cioè quelli in cui la sicurtà del credito s' è specializzata per via dell' onere reale.

355. I principî posti, tolgono affatto la ragion di dubitare che potrebbe sorgere intorno al decidere se questa eccezion dilatoria stia a favor dei beni non ipotecati, quando l' ipoteca non consista su beni dell' obbligato, bensì di un terzo: a primo aspetto potrebbe parere che pur in questo caso tal beneficio mantengano, contenendosi sempre nell'ipoteca il *valore* principalmente destinato al soddisfacimento del credito: la garanzia specializzata, col diritto all'esecuzion reale che ne consegue, par che non muti nel suo fine s' è fornita da un terzo piuttosto che dall' obbligato. Ma questa ultima considerazione mostra appunto la debolezza del ragionamento: se nell'ipoteca è la specializzazion di garanzia, ciò avviene quando esiste, per via dell' elemento patrimoniale dell' obbligazione, la garanzia generale che mediante l' onere reale vien poi specializzata, determinata. Cosicchè, la relazione tra il concetto di tal garanzia speciale (e s'è già mostrato com'essa sia detta *garanzia* impropriamente), e quello di garanzia speciale onde l' ipoteca trae uno dei suoi caratteri, induce di necessità il risultato di doversi restringere il beneficio or descritto al solo caso d'ipoteca costituita su beni dell'obbligato, ed esistenti ancora nel suo patrimonio al momento in cui si procede all'esecuzion reale (1).

356. La ragion della legge giustifica per sè una delle due eccezioni onde questo beneficio vien meno: l'altra deriva da un motivo che vi è estraneo, dalla volontà cioè dell'interessato il quale vi rinunzi. Di quest'ultima non occorre dire gran cosa, sapendosi di già che l'obbligato capace può valevolmente rinunziare ad un diritto che gli spetti, e qui la capacità non è quella di disporre di cosa immobile,

(1) La conseguenza deriva nettamente dalla ragion stessa dell'escussione consentita così all'obbligato: il beneficio, a chiamarlo così, si riferisce al processo di *liquidazione*, vòlto a determinare in forme concrete il valore che dovrà servire al soddisfacimento del credito: e perciò il carattere dell'*esecuzione reale*, concorrente nell'entità del rapporto ipotecario. Ma questo non è il prevalente nell' ipoteca costituita dal terzo, dominandovi invece la figura della sicurtà: cosicchè non pare possa darsi all'obbligato l'eccezion descritta contro il creditore che proceda sui beni suoi, senz'aver escusso i beni specialmente ipotecatigli da altri. La legge conferma la decisione, perchè di quel benefizio tien discorso nel titolo dell' esecuzion forzata (C. civ. a. cit.).

Digitized by Google

bensì di obbligarsi, riducendosi la rinunzia alla reintegrazione dell'effetto che l'obbligazione produce sul patrimonio dell'obbligato, e sospeso per via dell'ipoteca (1); dell'altra basti avvertire, ch'è dedotta dall'*insufficienza* dei beni ipotecati al soddisfacimento del credito garantito. Per questo fatto il benefizio cessa: e la relazion tra la garanzia generale e la speciale, come giustifica la restrizione imposta al potere del creditore ipotecario, così ne giustifica la restituzione: se la garanzia speciale non è bastevole al suo scopo, per l'accertata insufficienza a ciò dei beni su cui è costituita, male s'argomenterebbe dallo scopo stesso per obbligare il creditore a procedere su di essi, prima che sugli altri beni dell'obbligato. Gli s'imporrebbe così un ritardo, pregiudizievole forse, ingiusto certo, al ricupero dell'aver suo.

L'effetto della specializzazione vien dunque meno per via dell'insufficienza or descritta, che ridà al creditore l'esercizio della garanzia generale che l'ipoteca non toglie, e soltanto sospende. Ma chi dovrà dimostrarla? Dovrà il creditore che vuol procedere contemporaneamente sui beni ipotecati e sui liberi d'ipoteca, provarne l'esistenza? o dovrà il debitore opporsi a tale azione, dimostrando che i beni ipotecati son sufficienti allo scopo di garanzia ch'è nell'entità dell'ipoteca?

Par meglio rispondente alla legge la prima delle due soluzioni cui accenna la question proposta (2): infatti, se la restrizione al diritto di procedere all'esecuzion reale in virtù dell'ipoteca e del rapporto di credito, è imposta al creditore in conseguenza dell'ipoteca che ha, e se la limitazione vien meno per via dell'insufficienza dei beni ipotecati, a lui incombe l'onere di provare ch'è in questo stato di eccezione: la stessa condizion sua gli limita il diritto, e per vincere l'ostacolo deve dimostrare l'esistenza del fatto che la legge tien valevole a togliere la restrizione.

La prova può darsi mediante perizia, e confrontando il credito (con gli accessori garantiti dall'ipoteca) ed il valor dei beni secondo l'estimo catastale: e può anche risultare dallo stato degli oneri ipotecari di cui questi sian gravati (3).

---

(1) C. civ., a. cit.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., VIII, § 778; ma cfr. Duranton, op. cit., XXI, 24; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2656.

(3) Duranton, op. cit., l. cit.; Aubry et Rau, op. cit, l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 205bis; Thézard, op. cit. 387; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2654.

Digitized by Google

357. Alla restrizion descritta si riferisce un caso, in cui par che quella non operi, sebbene del difetto non sia causa alcuna delle due eccezioni avvertite: il vero è, che la restrizione non vi agisce in conseguenza dell'entità speciale del rapporto d'obbligazione garantito dall'ipoteca. E s'osserva nell'obbligazion solidale passiva, garantita da ipoteca costituita su beni spettanti ad ognuno dei debitori, od a taluni di essi: il creditore che procede contro qualcuno di questi, non è obbligato a sospendere l'esecuzione reale sui beni liberi ch'egli ha, stante l'insufficienza degli onerati, quantunque si dimostri dall'interessato che i beni ipotecati dagli altri coobbligati sono ben sufficienti al soddisfacimento del credito. Decisione giustificata pienamente dall'entità del vincolo solidale, soggettivamente unico sebben riferentisi a più soggetti, che rende ogni debitore obbligato in *totum et totaliter*: e quand'anche si volesse introdurre nell'essenza della solidarietà il concetto della mutua garanzia, i coobbligati contro cui il creditore non agisce figurerebbero come terzi costituenti l'onere, e s'è osservato che in tal caso la restrizione non opera (1).

§ 3.

Cont.: 3) *Rispetto al terzo concedente l'ipoteca.*

SOMMARIO. — **358.** Nella costituzion d'ipoteca fatta da un terzo pel debito altrui, predomina il concetto di *garanzia*. Differenza tra questo rapporto e quello personale della fideiussione. — **359.** Conseguenze. Regola generale. Applicazioni. Il terzo non ha i benefici dell'escussione e della divisione. — **360.** Non ha diritto di procedere all'abbandono, alla purga. — **361.** Può opporre le eccezioni non personali al debitore. — **362.** E può anche opporre il *benefic. cedendarum actionum.*

358. Che nella costituzion d'ipoteca su beni di terza persona a sicurtà del debito altrui predomini il concetto di *garanzia*, s'è già osservato, ricercandone la ragione nell'entità dell'atto creativo: e gravi conseguenze se ne trassero fin qui, specialmente per ciò che ha tratto al poter del titolare di disporre del suo rapporto reale, separatamente dal credito. Ma ciò non fa che nell'entità del rapporto non entri pure l'altro termine di alienazion di valore inducente il diritto all'esecuzione reale, sebbene, a motivo della per-

(1) V. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2660.

Digitized by Google

sona che concesse la sicurtà, non si possa definirlo qual garanzia specializzata: manca la relazione tra la garanzia generale prestata dal patrimonio dell'obbligato, e la speciale ch'è nell'ipoteca: e pure l'alienazion del valore ch'è nella cosa particolarmente onerata, è ancor qui conceduta a fin di garanzia. La quale è dunque prestata dalla *cosa*, nel senso che il concedente, valendosi del suo poter di disporre, ha alienato in tutto o in parte il valore ch'è in essa, a fin di garantire un dato rapporto di obbligazione: a questo, come a rapporto principale, accede così il rapporto reale di sicurtà, ma il concedente ha limitato in tal modo la garanzia ch'egli dà, senza assumersi personalmente obbligo veruno. E si ha un'*obligatio rei*, consistente nel servizio prestato dalla cosa onerata: una specie di *fideiussione* data dalla cosa, mediante il valore ch'essa contiene.

Onde la differenza separante la fideiussione propria, da questa garanzia data soltanto per via di cosa determinata: qui la sicurtà esiste ed apparisce per mezzo del rapporto reale concesso e costituito a favor del creditore, ed il concedente vi entra in tal qualità, come alienante a tal fine del valore ch'è nella cosa: rispetto a lui, l'essere l'alienazione consentita a fin di sicurtà è soltanto scopo, legge, del negozio, nè la garanzia che rende condizionata l'alienazione avvenuta, lo tocca personalmente rispetto al creditore. La funzion di garantire spetta per intero ed esclusivamente alla *cosa* dedotta nel rapporto, e s'egli può incontrar obbligo presso il creditore, l'avrà non per effetto di garanzia che debba, ma dell'alienazion consentita a fin di garantire.

359. Del concetto or esposto segue, che la garanzia è scopo dell'alienazione, ch'essa ha presieduto alla nascita del diritto reale, eppur si restringe al vincolo imposto sulla cosa: quindi, nei rapporti tra il terzo concedente (alienante a fin di garanzia) ed il creditore, avranno virtù le norme poste dalla legge in materia di fideiussione in quanto non contraddicano alla *realità* del rapporto costituito, alla realità cioè della garanzia; eccezion sempre fatta pei patti speciali con cui le parti avessero regolato l'alienazione così consentita, e che sian compatibili con l'entità giuridica del negozio voluto.

Di questo principio generale si può facilmente intendere l'applicazione rispetto ai due benefici di escussione e divisione, per ordinario competenti ai fideiussori. L'uno e l'altro contraddicono alla

Digitized by Google

alla realità della garanzia conceduta: quello, perchè la sicurtà è data direttamente dalla cosa, e nell'alienazion del valore essa si esplica: questo, per l'indivisibilità della ragione ipotecaria. Ma il concedente può stipulare a favor suo, non come personalmente obbligato, bensì come legge della concessione, il patto della precedente escussione sui beni dell'obbligato: e può essere convenuto anche il patto della divisione, essendo la indivisibilità carattere naturale, non essenziale, dell'ipoteca (1).

360. La garanzia è fine dell'alienazion seguita, sebbene al terzo costituente non ne derivi la figura giuridica di persona obbligata personalmente alla sicurtà, e non consente perciò la facoltà della purga, che la legge concede al terzo possessore: il terzo non è garante: ma in qualità di alienante a fin di garanzia, egli consentendo il diritto sulla cosa ha pur consentito al creditore il diritto di procedere su di essa, per ottenere, liquidandola, il valore ch'è l'oggetto proprio, diretto dal negozio costituito. La sua pretesa di purgare resisterebbe contro la ragion dell'alienazione da lui fatta, e tendente, come a suo fine, a garantire il credito cui si riferisce (2): la pretesa di abbandonar la cosa, non resiste contro il potere ch'egli, alienando, ha consentito al creditore-acquirente, di determinare l'oggetto dell'alienazione per via dell'esecuzion reale (3).

361. Ma sebben ristretta alla cosa onerata, la garanzia è sempre il fine dell'alienazione consentita: è legge del rapporto che il terzo ha conceduto, e però egli non come *garante*, non essendo personalmente obbligato alla sicurtà, bensì qual *alienante* a fin di ga-

(1) Certo, argomentando dal carattere della *garanzia*, designato qual prevalente nel rapporto ipotecario costituito pel debito altrui del terzo titolare della cosa onerata, si dovrebbe concedere il diritto a quei due beneficî, che, per derivare dal fine stesso della sicurtà, par non si debbano ristringere alla sola figura colla fideiussione: ma altrimenti si deve decidere, per via della *realità*. La sicurtà è prestata dalla *cosa* con la forma del rapporto reale, alla cui pienezza contraddirebbero (eccezion fatta pei patti contrarî) i beneficî descritti. Cons. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 151*bis*, IX; cfr. Aubry et Rau, op. cit., III, § 287.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit. III, § 293; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 169*bis*, VIII; Laurent, op. cit., XXXI, 424; Pont, op. cit., II, 1272; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2347; Labbé, in *Revue Critique*, 1856, VIII, p. 210. Ma cfr. Troplong, op. cit., III, 816.

(3) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 287; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 152*bis*, XV; Laurent, op. cit., XXXI, 286.

Digitized by Google

ranzia, ha, in conseguenza dello scopo economico-giuridico del negozio, il diritto di valersi di quelle eccezioni che a tal causa, per sua propria virtù, si connettono: fatta riserva ancor qui pel caso che gli interessati avessero voluto altrimenti. Perchè, se la garanzia, seconda l'intendimento delle parti, ha presieduto alla nascita del rapporto, all'alienazione, l'alienante può ben derivarne a suo vantaggio i mezzi occorrenti a mantenerla sempre qual fine del negozio costituito: e il creditore concessionario dovrà perciò tenere il poter che gli deriva dall'alienazione, entro i termini segnati a questa dallo scopo della sicurtà: nè argomentando dal diritto suo sulla cosa, potrà in alcun modo nuocere ai diritti che il fine della garanzia dà all'alienante (terzo concedente). Onde un'obbligazione inerente al rapporto reale, un vincolo, che questo, per la ragion di sua nascita, impone al titolare.

Fatta la qual costruzione, facil cosa è applicarla al punto di conoscere se il terzo costituente possa opporre all'alienante le eccezioni che il debitore potrebbe opporgli come reali: nè questo diritto gli si può negare, perchè quelle difese toccano direttamente lo scopo della garanzia, che per essa o vien meno al tutto, o riman ristretto: togliendo o modificando il credito, tolgono necessariamente, o modificano, il rapporto destinato a garantirlo.

362. E ancor più nettamente risulta il poter dell'alienante di valersi del *beneficium cedendarum actionum*, nei termini in cui è concesso al fideiussore. Il terzo non è obbligato: ma per la legge del negozio, intesa secondo la costruzione proposta, ha diritto a che il creditore (acquirente nell'alienazion del valore) eserciti il suo potere in modo che i diritti, derivanti all'alienante dal *fine della sicurtà*, non rimangano in modo veruno offesi. Fra questi diritti, direttamente originati dalla ragion di garantire, è principalissimo la surrogazione che la legge gli concede, e che il *beneficium cedend. action.* gli assicura: le parti interessate possono certo dar altra regola ai loro rapporti; ma in difetto di tal convenzione, questo benefizio non può essere conteso al terzo costituente (1).

---

(1) Aubry et Rau, op. cit., III, § 287.

Digitized by Google

§ 4.

Cont.: 4) *Rispetto agli altri creditori.*

SOMMARIO. — **363.** Partizione generale di questi effetti, secondo che si riferiscono al fissare che l'ipoteca fa la condizion dei creditori ipotecari, ed al concorso. Accenno alla prima classe, e rinvio. — **364.** Seconda classe: regola. Modificazione per via dello *ius offerendi*. — **365.** Concorso coi creditori privilegiati. — **366.** Cogli altri creditori ipotecari. — **367.** Coi creditori chirografari.

363. Con l'iscrizione, e però con la costituzion dell'ipoteca, il rapporto di sicurtà vien fissato qual onere reale: e questo modo di essere della garanzia determina gli effetti speciali suoi in confronto di crediti ch'abbiano soltanto la garanzia generale prestata dal patrimonio dell'obbligato, o di crediti che abbiano pur la garanzia reale sulla medesima cosa, servente così di garanzia specializzata a più ragioni di credito, o di crediti muniti per favore speciale della legge di un privilegio immobiliare. In tutti e tre i casi, il concorso ha causa nella *garanzia* cui dà diritto la ragion patrimoniale ch'è nell'obbligazione, o l'ipoteca, od il privilegio: perchè l'ipoteca non toglie che la cosa onerata rimanga nel patrimonio dell'obbligato, ed i creditori non ipotecarî possono far valere la sicurtà generale patrimoniale sul valore residuante da quello alienato col pegno, così sulla cosa ipotecata (rispetto al *valore*) si dà concorso, a ragion di garanzia, di creditori ipotecari e chirografari; e perchè la *cosa*, nel valor che contiene, può dar sicurtà a più creditori, che su di esso, considerato in genere, astrattamente, hanno acquistato il diritto nascente dall'iscrizione (onde la cosa onerata apparisce qual garanzia specializzata per ognun di loro) si dà concorso di creditori ipotecari sulla cosa ch'è oggetto comune dei rispettivi diritti di sicurtà reale, e però le norme sulla distribuzion del valore ricavato dalla liquidazione; finalmente, i creditori ipotecari possono aver di fronte altri creditori che non ipoteca, ma un diritto speciale, prevalente, hanno al valor della cosa, e questa ragion di prelazione che, secondo il concetto di *privilegio*, è più e meno forte dell'ipoteca (1), genera il concorso tra i crediti ipotecari ed i crediti con privilegio immobiliare.

(1) Più forte pel modo con cui la prelazione vi s'esplica; meno pel difetto di realità.

Digitized by Google

Cosicchè la garanzia, o intesa genericamente rispetto al patrimonio dell'obbligato, o riferita particolarmente alla cosa onerata di sicurtà, è la ragion determinante i varî modi di concorso or descritti. Ma prima d'indicare partitamente com'esso si determini, s'accennerà ad un altro effetto della costituzion d'ipoteca, che non a concorso veruno si riferisce, sibbene alla fissazion degli oneri di sicurtà reale sulla cosa, e talvolta alla fissazione di tutti gli oneri patrimoniali: l'iscrizione (e per essa, la costituzion dell'ipoteca) nella procedura diretta a liquidar la cosa, determinandola nel suo valore ch'è l'oggetto dei varî diritti di sicurtà che v'incidono o vi si riferiscono, ha una funzione preparatoria vôlta ad accertare quanti siano in quel momento, chiudendo così la possibilità che altri nuovi ne sorgano: l'esercizio della liquidazione, richiede per sè la fissazione esatta dei crediti a favor dei quali è stato alienato (specialmente o genericamente) il valore ch'essa intende a separare. A tal fine è volta l'iscrizione dell'ipoteca, ordinata nella procedura esecutiva della purga (1), o nel giudizio di espropriazione (2): nel primo caso, la fissazione si riferisce alle alienazioni speciali del valore ch'è nella cosa, e quindi ai creditori ipotecari, nel secondo anche alle alienazioni del valore, genericamente contenuto nel patrimonio di cui la cosa è parte, e però anche ai creditori chirografarî. Dei due casi, l'ultimo è l'applicazion della legge concedente al venditore l'ipoteca legale (3); del primo si dirà a suo luogo.

364. Occorre pur di osservare (insistendo su concetti già esposti) che la condizione normale dei diritti di credito sulla cosa o rispetto alla cosa, può venir modificata per via dello *ius offerendi* (4): il quale non ha entità propria particolare che lo segnali, riducendosi la virtù sua alla surrogazione dell'offerente, in seguito al disinteressamento del creditore cui s'è fatta l'offerta. E tutti i creditori che nel concorso sarebbero in condizione inferiore rimpetto ad altri, possono aver interesse a sostituirsi a chi abbia un diritto di prelazione o di maggior prelazione, per impedir di procedere alla

(1) C. civ., a. 2042.
(2) C. civ., a. 2089
(3) La liquidazione si riferisce difatti alla massa dei creditori, che partecipano al prodotto secondo l'ordinamento del concorso.
(4) C. civ., a. 2153 1°.

Digitized by Google

liquidazion della cosa in momenti in cui il valore che si potrebbe trarre dalla vendita, non sarebbe certo proporzionato al reale: od a fin d'instituire e condurre celermente la procedura di esecuzione: o per meglio costringere l'obbligato al soddisfacimento dei suoi impegni, od indurre il terzo costituente, od anche il terzo possessore, alla liquidazion degli oneri gravanti la cosa; interesse che si spiega e si giustifica col concetto di *garanzia* dominante l'istituto del concorso, e che spinge i creditori meno garantiti a render migliore la propria condizione, assicurandola più efficacemente.

Perciò, i creditori con sicurtà di minor grado, o senza sicurtà reale, hanno il diritto di offrire ai creditori che li supererebbero nel concorso, il soddisfacimento del loro credito in quell'estensione e modo che questi nel concorso potrebbero avere: non di più, perchè rispetto ai creditori di minor condizione, il loro interesse giuridico è di aver ciò che nella liquidazione avrebbero diritto di ottenere, supposto che il valore determinato dalla procedura di esecuzione sia bastevole al pagamento integrale del credito pel quale debbono essere collocati. L'interesse loro è cioè determinato dalla collocazione che potrebbero avere nella graduazione: cosicchè, il creditore cui sia offerto questo valore, ch'è tutto quello che normalmente avrebbe diritto di chiedere sul valor della cosa, non può rifiutare, perchè senza giovare all'interesse proprio, contraddirebbe all'altrui. Onde il diritto di offerta or descritto, e la surrogazione che legalmente (1) ne deriva a favor del creditore che l'abbia esercitato: surrogazione cioè nel credito garantito, per l'estensione che la garanzia può sviluppare nella procedura esecutiva, e nella graduatoria che n'è parte. Certo, verrebbe violata la ragion d'origine della sicurtà e della prelazione, quando si volesse estenderne la virtù a somma maggiore di quella in occasion della quale è sorta: nè la surrogazione sposta qui la garanzia, e sostituisce soltanto un altro soggetto all'antico che vien surrogato senz'alterare la relazion di credito.

365. Del privilegio immobiliare concesso al Fisco s'è già discorso, e s'è mostrato in qual modo l'onere reale statuito a favor dei suoi crediti, e corrispondente alla natura giuridica dell'imposta fondiaria, siasi poi convertito in privilegio (2): s'è pur accennato ai termini in

(1) C. civ., a. cit.
(2) La questione venne ampiamente svolta nella parte generale.

Digitized by Google

cui la legge civile, che tal prelazione consente, abbia ristretto la concession fatta, ed al modo di coordinare alle disposizioni sue quelle che ha la legge speciale sulla riscossione delle imposte dirette (1). Il qual coordinamento s' imponeva, per mantener integro, secondo lo scopo del privilegio conceduto, il diritto del Fisco: la legge concedente la prelazione pel credito d' imposta dell' anno in corso e dell'antecedente, non lo tutelava a sufficienza (2), ed a fin di assicurare il favore ordinato, venne or dichiarato il valor di questa locuzione « *anno in corso* », ch'è il termine iniziale del periodo in cui il privilegio si rinserra. La qual dichiarazione è atto nuovo, non interpretativo (3): l'interpretazione già ricevuta ben rispondeva alla ragione storica della legge, ed ai concetti cui s'informa l' ordinamento dell'esecuzion reale; ma il legislatore volle togliere l'inconveniente di mantenere un privilegio quasi inutile pel modo di computare il termine della concessione, e dispose che per «*anno in corso*» si debba intendere quello in corso al momento della trascrizione dell'avviso d'asta intimato dall'esattore, e in difetto, della trascrizione della sentenza d' aggiudicazione. Così il privilegio risponde al fine che s'ebbe nell'ordinarlo, misurandosi il termine o dall'atto dell'esattore che contro il debitore moroso apre la procedura privilegiata e celerissima, o dall'atto che chiude il giudizio esecutivo, durante le cui more la prelazione agisce mantenendo salva la ragion fiscale: al qual fine opera pure il coordinamento della legge civile alla legge speciale di riscossione, che dà diritto all' esattore di procedere sui frutti pendenti, naturali o civili (4), e gli attribuisce su di essi un diritto superiore a quello che, secondo la data del suo acquisto, vi avrebbe l'aggiudicatario (5).

(1) V. la n. preced.

(2) L. 21 gennaio 1897, modif. l'a. 65 della L. 20 apr. 1871 sulla riscossione delle imposte dirette.

(3) Ma cfr. Cass. di Roma 31 dic. 1898 (*Legge*, 1899, I, 361), che ritiene la legge citata meramente interpretativa dell'a. 1962 del Cod. civ.; e non parrà a chi pensi, che il motivo dell'innovazione è il maggior vantaggio del Fisco, e che la distinzione a tal fine escogitata sul modo di computar l'*anno in corso*, non corrisponde a veruna delle interpretazioni già proposte sull'art. 1962 cit. Il quale non è dichiarato, ma piuttosto supplito dalla nuova legge.

(4) L. cit. a. 65.

(5) E ciò in conseguenza della *realità* caratterizzante il credito del Fisco per l'imposta fondiaria (v. la p. generale cit.): l'a. 65 afferma sui frutti la prelazione che l'art. 1962 consente sul valore dell'immobile. Cons. su questione analoga, Cass. fr., ag. 1898 (*J. du P.* 1899, 1, 65), e DEMANTE (*ib.*, in n.).

Digitized by Google

366. Nel concorso con creditori privilegiati, cede, di fronte alla prelazione, il diritto del creditore ipotecario: ma in quello che avvien tra creditori ipotecari sulla medesima cosa, il conflitto vien tolto, e l'ordine dei concorrenti è regolato secondo l'*ordine* dell'acquisto rispettivamente fatto. Il qual acquisto, e la fissazione sua rimpetto ai terzi avvien per via dell'*iscrizione*: quindi, la priorità del diritto è data dal grado, ch'è il momento in cui l'ipoteca è stata iscritta (costituita): perciò, i venditori ipotecari vengono nell'ordine determinato dal grado spettante ad ognuno di essi. Che se diverse richieste sian presentate per l'iscrizione nel medesimo istante (*contemporaneamente*), la legge, a fin di togliere ogni incertezza, ed il pericolo di gravi litigi intorno al preciso momento della presentazione dell'instanza, ha ordinato sian tutte iscritte nello stesso *numero* (facendosi di ciò menzione nella ricevuta rilasciata ad ognuno dei richiedenti): e col medesimo grado così concorrono (1); altrimenti avverrebbe se le istanze (note) fossero presentate in diversi momenti, perchè il diverso numero dimostra il tempo della presentazione, e della seguìta fissazion dell'acquisto.

Non così succede nel caso che contemporaneamente sian presentate più domande di trascrizione (2). Qui il concorso non è possibile, perchè i diritti che si vorrebbero fissare, si elidono, mentre le ipoteche si riferiscono tutte al *valore* della cosa considerato in genere, astrattamente, e su di esso, come oggetto comune, più diritti d'ipoteca aventi il medesimo grado posson concorrere: perciò, se più istanze di trascrizione siano presentate nello stesso momento, la preferenza che in verun modo non possa risultare dal registro speciale, o da quello di ordine (facendo essi egualmente fede delle

(1) C. civ., a. 2008, 2009. Sulla generalità del principio, la cui ragion di essere consiste nell'entità dell'ipoteca, nell'alienazion di valore: che sebben seguìta ristrettamente a cosa determinata, tuttavia entro questi termini vien considerata rimpetto a titolari di quel grado come *alienazione generica*, a quel modo che avvien di creditori concorrenti nella garanzia generale offerta dal patrimonio dell'obbligato. V. Aubry et Rau, op. cit., III, § 292; Troplong, op. cit., II, 664; Pont, op. cit., II, 735 e seg. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1445.

(2) Non è il caso di riesaminare qui la questione risoluta nel testo: alle considerazioni già esposte nel discuterla, nulla si può aggiungere. Il diverso contenuto dell'ipoteca, specializzata perciò in confronto degli altri diritti reali immobiliari di godimento, mostra perchè a questi ultimi mal si possa estendere la disposizione ricordata dell'art. 2008. Qui la possibilità del concorso dei titolari in egual misura, è al tutto esclusa.

Digitized by Google

iscrizioni che contengono), viene ai titoli della data rispettiva di lor creazione (1).

367. Per ultimo, nel concorso sul valore della cosa onerata tra i creditori che vi hanno ipoteca, ed i chirografari aventi diritto a ciò che di esso potrà rimanere dopo l'attribuzion corrispondente alle alienazioni contenute nei singoli rapporti di sicurtà reale, s'intende che i crediti ipotecari hanno la preferenza: la quale a lor deriva dalla specializzazione della garanzia (2), e dal concetto di alienazione del valore ché per essa si determina: perchè nell'ipoteca è questo rapporto, sebben creato a scopo di sicurtà, la legge dell'acquisto esige che del valore liquidato ognuno degli acquirenti abbia la parte che gli spetta secondo il suo titolo valevolmente costituito.

Che i creditori chirografari abbian diritto di muovere contro i creditori con prelazione, tutte le eccezioni per cui la ragion di preferenza può venir meno, anche se nate a favor del debitore (purchè non gli siano strettamente personali), non occorre ripetere; che abbian pur diritto di eccepire l'obbligo del creditore ipotecario d'iniziare l'esecuzione ristringendola alle cose onerate, s'è pur detto; è potere a lor derivante dalla garanzia (impropria) sul patrimonio dell'obbligato, e quindi dall'interesse giuridico d'impedire che una specializzazione di garanzia avvenga non valevolmente, o che il titolare di quella valevolmente costituita ecceda le restrizioni impostegli dalla legge nell'esercitarla. La qual ragione spiega pure, com'essi abbian diritto d'impedire che ingiustamente a lor danno sia creata tal sicurtà, o che il debitore autorizzi il creditore ipotecario ad eccedere la restrizione descritta (3): ma il loro interesse è posto qui d'accordo col concetto di garanzia impropria ch'essi hanno sul patrimonio dell'obbligato, e però contro tali illecite concessioni potranno esperire l'azione revocatoria per frode, quando ne concorrano gli estremi; e dove pur ne abbiano modo, potranno instituire l'azion derivante dalla simulazione.

---

(1) C. civ , a. 2009.

(2) C. civ. a. 2007, 2010.

(3) Ai creditori chirografari, in conseguenza del loro diritto di credito (elemento patrimoniale che v'inerisce), è obbligato il patrimonio del debitore, come *garanzia generale;* ora, in quanto su questo vien determinata in modo speciale la sicurtà ipotecaria, tutto ciò che rimane dopo esercitata l'ipoteca, *rientra* nella garanzia generale (salvi i diritti di *privilegio*), e quel che nella costituzione valida dell'ipoteca non potè entrare, *vi rimane.* In tal rapporto tra la garanzia generale e quella specializzata per via dell' ipoteca, consiste l' interesse dei creditori chirografari com'è descritto nel testo.

Digitized by Google

§ 5: *Cont.*

Rispetto al debitore.

SOMMARIO. — **368**. Quali poteri rimangano al concedente sulla cosa onerata. Mantien salvo il diritto di goderne, entro i termini che a ciò gli son segnati dal potere di già esercitato. Applicazioni. Obbligazione di garantire. — **369**. Mantien pure il diritto di disposizione: entro quali termini. — **370-371**. *Quid*, se fosse costituito un diritto reale di godimento dopo la costituzione d'un'ipoteca, ma prima di un'altra posteriore? Effetti della liquidazione.

368. Per via dell'ipoteca, qualunque sia la ragion di sua origine, il creditore acquista un diritto al valor della cosa, e quindi sulla *cosa* pel valore che in essa è: il qual acquisto, tra il momento in cui è nato, e quello in cui ne vien determinato l'oggetto, mediante la procedura di liquidazione, si manifesta con la figura di onere gravante la cosa il cui valore è dedotto nel rapporto. Ora, in conseguenza di tal realità, e dell'alienazione onde ha origine, il valore al quale si riferisce l'acquisto è quello che nel patrimonio del concedente, o dell'obbligato, la cosa ha nel momento in cui il rapporto è fissato; per il che, se i diritti valevolmente consentiti e costituiti sulla cosa prima dell'esistenza della sicurtà reale, debbono essere considerati rimpetto a questa a fin di determinare qual sia il valore rimasto nella disposizione del concedente o dell'obbligato, e che si può quindi dedurre efficacemente nel rapporto d'ipoteca, quelli invece consentiti posteriormente non menomano in modo alcuno il diritto del creditore ipotecario.

Cosicchè, determinando l'ipoteca un diritto reale di *sicurtà*, che attinge la cosa pel valore ch'è in essa, e che al momento della costituzione del rapporto è considerato genericamente (*valore astratto della cosa*), il concedente, o l'obbligato, secondochè l'ipoteca sia volontaria o legale, non perde il poter di godimento e di amministrazione, ed al titolare dell'ipoteca spetta soltanto il diritto di garanzia (1); e neppure perde il diritto di disporre della cosa, riferenrendosi l'onere direttamente, come s'è detto, meglio che ad essa, al *valor* contenutovi.

---

(1) Cons. pure BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 1994.

Digitized by Google

Ma se questi poteri rimangono integri al titolare della cosa, i limiti entro ai quali si svolgono son segnati dall'acquisto del *valore* seguito per via dell'ipoteca: il creditore ipotecario ha cioè diritto che nessun fatto dell'obbligato, o del concedente l'ipoteca, alteri il *valore* com'era nella cosa al momento della costituzion del suo potere, perchè altrimenti l'oggetto del rapporto ne avrebbe danno, ed egli offesa. Ond'è, che il titolare della cosa può goderne, traendone i frutti naturali e civili ch'essa dà, ed ogni altro prodotto (1), fino a quando non ne sia incominciata la liquidazione (2): sebbene alcuni atti di amministrazione esigano per la loro validità rimpetto ai terzi l'osservanza di determinate formalità, o di certi limiti, secondo avvien della locazione (3), o della cessione od esazione anticipata dei fitti (4), esercitandosi per essi quasi un poter di disporre l'utilità della cosa impegnata; se poi nel godimento eccedesse, traendo oltre a ciò che la cosa secondo la sua destinazione deve e può dare, indurrebbe una diminuzione del valore ch'essa aveva al momento della concession dell'ipoteca, e offendendo il diritto del creditore ipotecario sarebbe tenuto alla garanzia, in quei termini che occorse già di descrivere (5). Non deve rispondere del deprezzamento avvenuto per caso, o senza il suo fatto illecito: ma quando la creazione dell'ipoteca sia volontaria (e al fine della garantìa potrebbe valer come volontaria l'ipoteca legale su beni *designati* dall'obbligato, senza che per tal designazione muti la causa dell'onere), lo scopo della sicurtà, a somiglianza di quanto avviene per lo stesso motivo nella sicurtà personale, determina l'obbligo del concedente di *garantire* al creditore concessionario l'integrità del valore che la cosa aveva al momento della concessione, salva alle parti la facoltà di pattuire altrimenti.

369. E come il diritto acquistato sul valor della cosa segna i

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 286; TROPLONG, op. cit., II, 404; PONT, op. cit., I, 363; PROUDHON, *Tr. du domaine de propriété* (Paris, 1839, I, 100); Cass. fr. 30 marzo 1868 (*J. du P.* 1868, 494).

(2) C. civ. a. 2085. V. gli Aut. cit. nella n. prec. *Adde* BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 1949.

(3) C. civ. 1932. Cons. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 286; TROPLONG, *Transcript.* cit. 205; Cfr. THÉZARD, op. cit., 159.

(4) C. civ., a. cit. Cons. PONT, op. cit., I, 366 e segg.; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III,, 2039.

(5) C. civ., a. 1980.

Digitized by Google

limiti del potere di godimento rimasto al proprietario, così ne determina l'altro di disposizione che pur gli rimane: può alienare, ma l'atto non altera in verun modo la concession dell'ipoteca, ed il creditore ipotecario ha diritto di esercitare il suo rapporto reale rispetto a qualunque persona abbia la cosa, il cui valore è stato già dedotto nel suo acquisto (1); può concedere diritti reali di godimento, ma il creditore ipotecario mantiene il suo diritto al valor della cosa secondo esso era al momento del seguito acquisto, senza curarsi delle nuove concessioni che non possono limitare (contro il suo volere) l'ipoteca già costituita (2): si potranno imporre nuove ipoteche sulla medesima cosa, e determinare così nuovi acquisti del valor generico che in essa è, ma i nuovi oneri non menomano quelli costituiti prima, e derivanti la loro entità e virtù dal momento in cui ebbero esistenza, dal grado cioè che li specializza.

370. Nel concorso di più diritti d'ipoteca e di diritti reali di godimento, costituiti così sulla medesima cosa, può avvenire che questi ultimi, mentre non sono opponibili alle ipoteche anteriormente fissate, lo siano invece a quelle ch'ebbero esistenza dopo: ora, se i creditori ipotecari anteriori procedono all'esecuzion reale, il valore che per essa vien determinato è superiore a quanto, in conseguenza dei diritti reali di godimento conceduti, la cosa vale effettivamente nel patrimonio del titolare, nel tempo in cui la liquidazione incomincia. Il creditore ipotecario che acquistò il suo diritto prima della nascita di questi diritti reali di godimento, procede all'esecuzione come se non esistessero: e se per effetto della concession di essi, il concessionario fosse ancor debitore del prezzo al concedente, egli non può pretenderne il pagamento e la distribuzione a lui ed agli altri creditori ipotecari, come se rappresentando un valore prodotto dalla cosa sia deducibile perciò nel valor totale di questa: il diritto reale non ha esistenza rimpetto ai creditori ipotecari anteriori, e rispetto alle ipoteche costituite più tardi il valor della cosa è limitato a ciò ch'è in essa, dedottine i diritti reali già fissati: nei due casi la pretesa descritta sarebbe dunque ingiustificata (3). Nè il concessionario del

(1) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1994.

(2) V. la n. prec. *Adde* Aubry et Rau, op. cit. III, § 250; Pont, op. cit., II, 1283.

(3) Cons. e cfr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1995. Cons. gli altri Aut. cit. nella n. preced.

Digitized by Google

diritto reale di godimento può offrire il prezzo di acquisto ai creditori ipotecari anteriori, non essendogli concesso di procedere alla purga delle ipoteche, per quella parte della cosa rispondente al diritto reale costituito: sebbene tale intesa possa avvenire d'accordo coi creditori, rinuncianti così ad esercitare pienamente il poter loro, senza offendere i creditori posteriori, cui quel diritto, antecedentemente costituito, è giustamente opponibile (1).

371. E se il creditore ipotecario anteriore ha poter di procedere in conseguenza del tempo d'acquisto del suo diritto, all'esecuzione reale senza riguardo ai diritti di godimento costituiti dopo, i creditori ipotecari posteriori al tempo di lor costituzione non possono egualmente concorrere sul valore ottenuto, come se la cosa da questi diritti non fosse gravata; rimpetto ad essi, il valor della cosa è quello che rimane in confronto dei diritti reali già fissati al momento del loro acquisto. Quindi, quel *maggior valore* esiste in rapporto ai creditori ipotecari anteriori, non a loro: e in conseguenza, nella distribuzion del prezzo, dopo il pagamento fatto a quei creditori, il maggior valore corrispondente al diritto reale dovrà dedursi nel *patrimonio* (2) del debitore cui spettava, non estendendosi ad esso, a ragion di loro origine, le ipoteche posteriormente costituite. Rimpetto alle quali, il valor della cosa onerata si deve calcolare giusta la condizion giuridica sua nel momento di lor nascita.

§ 6. Cont.: *Rispetto alla cosa onerata.*

SOMMARIO. — **372-374.** L'ipoteca dà il diritto reale sulla cosa pel suo valore: e perciò il diritto di alienarla. Che non può essere impedito in tutto. — **375.** Ma non si può procedere all'*esecuzione reale* su cosa indivisa, sebben questa sia idonea a comportare ipoteca. La ragion della legge non dà luogo a distinguere sulla causa dell'indivisione: se questa si riferisce ad un compendio patrimoniale, o ad un solo immobile. — **376-378.** Non s'applica la proibizione nel caso che l'esecuzione si faccia contro tutti i compartecipanti alla cosa indivisa. Ma non importa l'esistenza di una division parziale: eccezione. Nullità che deriva dall'infrazione del divieto: quando si possa proporla: e da chi. — **379.** Di altre restrizioni imposte al creditore ch'eserciti il suo diritto all'esecuzion reale. Rinvio.

372. Pel diritto che l'ipoteca fissa sulla cosa, principalmente vôlto al valore ch'essa contiene, spetta al titolare il diritto di alie-

(1) Cons. BAUDRY-LACAN-TINERIE et DE LOYNES, op. cit., l. cit.

(2) E vi potranno concorrere i creditori ipotecari posteriori, come *semplici* creditori.

Digitized by Google

narla, di procedere cioè all'esecuzion reale qual mezzo di separare, di ottener cioè l'oggetto proprio del suo acquisto: e questo potere egli ha non come soggetto di un rapporto comprendente l'intera, l'assoluta disposizion della cosa, bensì per l'utilità stessa del diritto da lui acquistato, e che non può essere esercitato altrimenti. Se di fatti per via dell'ipoteca gli spetta non la cosa, non parte veruna di essa, ma un diritto *al valore* ch'è in essa, non si può determinare tal oggetto del rapporto senza *liquidare* la cosa, e questa vien liquidata con la vendita: l'esistenza del diritto richiede di necessità la possibilità di esercitarlo, e l'alienazion del *valore* ch'è in una cosa determinata (come, del resto, avvien della garanzia patrimoniale inerente all'obbligazione) esige, perchè si possa conseguirlo, la vendita dell'oggetto in cui è racchiuso. A tal vendita il creditore ipotecario non procede dunque in qualità di proprietario, ma per la speciale virtù del rapporto di cui è titolare: il suo diritto al *valore* sta di fronte al diritto di proprietà, e lo consegue non investendosi di questo potere, che non gli spetta, sibbene procedendo, per via della liquidazione, alla trasformazione economica della cosa.

E la costruzione or fatta se dà ragion del diritto di vendere ch'è nell'entità dell'ipoteca, dichiara pure come la vendita si faccia contro il proprietario: l'acquirente non succede al creditore instante, bensì al proprietario contro il quale la liquidazion procede, perchè se la trasformazione economica della cosa avviene per via della vendita, questa non si può effettuare se non trasferendo la proprietà, la signoria cioè ch'è rimasta nel proprietario, o nei suoi successori. Il proprietario (sia egli l'obbligato, oppur abbia costituito l'ipoteca per altri) ha, pel rapporto di sicurtà, un onere che s'è inserito nella proprietà, e, non liberandone il suo diritto, non può impedire la trasformazione economico-giuridica della cosa: il creditore poi, a fin d'individuare l'oggetto del suo rapporto, di separare l'onere che lo manifesta dalla proprietà su cui pesa, liquida, vende la proprietà, e agisce perciò contro il proprietario che n'è il titolare. Onde la successione nella *proprietà* di quest'ultimo, il quale è perciò l'autore di chi ne diverrà acquirente: e di qui, secondo a molti pare, l'obbligo di garantirgli il diritto che così gli trasmette.

373. Obbligazion questa ch'è già occorso di dichiarare (1). A

(1) V. la p. generale cit.

Digitized by Google

costruir la teoria altrimenti da quanto s'è proposto, si potrebbe ben dire, che in ogni caso, qualunque sia cioè la ragion di essere dell'ipoteca giustificante l'azion del creditore, l'obbligo di garantire l'acquirente pesa sul proprietario: la vendita, come s'è or accennato, avviene a di lui nome, è la sua proprietà ch'è alienata, e come alienante è giusto ch'egli garantisca all'acquirente il diritto trasmessogli. Il creditore ipotecario procede, esercitando il suo diritto, alla purgazione della proprietà dagli oneri ipotecari che v'ineriscono, e che il proprietario non volle purgare estinguendoli: quindi l'esecuzione reale, la vendita coatta, in cui questi ha figura di venditore rimpetto all'aggiudicatario.

Ma a tal modo di costruire, par ancora preferibile quello di già accolto: è un po' forzata la giustificazione or tentata dell'obbligo di garantire imposto al proprietario per una vendita alla quale è rimasto estraneo (e può rimanervi ancor più, nel caso dell'*abbandono*), e seguita per l'esercizio che del proprio diritto reale ha fatto il creditore ipotecario. Con maggior giustezza si potrebbe riferirne la ragione al *negozio* stesso della creazion del diritto d'ipoteca, perchè il proprietario, alienante il valor della cosa, garantisce perciò l'esistenza del potere ch'egli ha di alienare: e tal garanzia dovuta al creditore (acquirente), è dovuta a chi acquista la cosa, per l'esercizio che il titolare dell'ipoteca ha fatto del diritto concessogli. Con la qual costruzione, l'obbligo di garantire vien ristretto al caso d'ipoteca *volontaria*, sia essa costituita espressamente, o tacitamente, e non attien punto all'ipoteca sorta per sola virtù della legge (1): si potrebbe perciò estenderla anche alle ipoteche legali costituite su immobili di cui l'obbligato stesso abbia fatto la designazione (senza che questa comporti riduzione modificante l'ipoteca legale), potendosi indurre dal fatto dell'indicazione come un *assentimento* alla garanzia imposta dalla legge: ma così l'obbligo di garantire ha nella volontà del concedente l'elemento creatore che lo giustifica, e l'ipoteca giu-

(1) La risoluzione contraria si fonda sul concetto di una specie di rappresentanza del proprietario, esercitata dal creditore instante. V. la p. generale cit. L'espediente è comodo per mostrare come si possa trasferire un diritto che non si ha: ma non è giustificabile: su che fondare l'idea del mandato? Tanto più che il creditore *vende*, non essendovi all'infuori della liquidazione, altro modo idoneo di separare l'oggetto determinato del suo diritto (il valore) dalla *proprietà* in cui è contenuto: e così mancherebbe ancor più decisamente la ragion dalla garanzia che si vorrebbe imporre all'espropriato.

Digitized by Google

diziale (la sola forma cui par difficile l'estenderlo) ne riceve più nettamente la figura di esecuzione reale privilegiata (1).

Al creditore ipotecario riman tuttavia l'obbligo di garantire la realtà del suo diritto, il cui esercizio ha dato causa alla vendita della cosa onerata, ed al trasferimento avvenuto per via dell'aggiudicazione (2): della qual dottrina, e dell'altra, che, argomentando dalla ragion giustificante la ripetizione d'indebito, obbliga il creditore a restituire il *prezzo* della cosa all'acquirente rimasto evitto, ritenendolo egli altrimenti senza causa (3), s'è già detto (4): nè s'ha qui motivo a nuovamente discuterne.

374. Per le considerazioni or fatte sulla ragion di alienare (esecuzione reale) ch'è nell'ipoteca, s'intende come questo diritto non

---

(1) Si potrebbe venire a diverso avviso, argomentando dalla ragion patrimoniale dell'obbligazione: la funzione che la legge dà al patrimonio dell'obbligato di garantire il credito costituito, indurrebbe nel debitore l'onere di garanzia rispetto alla *cosa* di cui con la costituzion del credito ha alienato (genericamente) il valore.

(2) V. la p. generale cit.

(3) Cons. Cass. Torino 23 maggio 1899 (*G. it.* 1899, I, 564), che asserì pure nel compratore la carenza del diritto ad agir in garanzia contro il debitore espropriato. Ma cfr. Cass. Roma, 6 giugno 1892 (*ib.* 1892, I, 1, 553), e App. Genova, 17 marzo 1899 (*ib.* 1899, I, 1, 563, in n.).

(4) V. la p. generale cit. Certo, la teoria di diritto comune affermò l'obbligo del debitore espropriato di rispondere dell'evizione, perchè il creditore agisce *iure creditoris*, non *iure domini*, e in conseguenza, esercitando egli il suo diritto, valevolmente riceve il pagamento di quel che gli spetta, onde contro di lui non è possibile la *condictio indebiti* (cons. specialm. Negusant., op. cit., p. VI, m. I, nn. 40 e segg; Bachov., op. cit., III, 25, p. p. 254; Acosta, op. cit., Reg. III, *lim.* V in f.; Faber, op. cit., dec. I, err. 10; Glück, op. cit., § 1100; e v. poi Dernburg, op. cit., II, § 106; Windscheid, op. cit. I, § 237); a ciò si può aggiungere che la *locupletatio* del creditore manca, perchè il debitore è il locupletato, sebbene la prestazione siagli stata fatta in persona del creditore (L. 44 D. *de cond. ind.*, XII, 6). Ma in difetto di una espressa disposizione di legge, non pare che la teoria sia ammessibile nel diritto odierno: chè rispetto all'evizione, giova notare che il diritto di vendere non appar nei fonti qual effetto regolare, ordinario, del *pegno*, e ciò a ragion delle esitazioni in cui venne condotta la struttura dell'istituto: mentre nella costruzione odierna, il poter di vendere emana dalla natura intima del pegno, senza che la persona del debitore concorra in alcun modo ad autorizzar la vendita con figura più o meno diretta di mandante. E quanto alla *condictio*, vero è che il creditore *suum recipit;* ma non s'avverte, che tolto di mezzo l'intervento del debitore (e tolte interamente, a differenza di quel che pei fonti del diritto romano poteva avvenire), il compratore *paga* per aver la cosa, e non paga locupletando il debitore, ma precipuamente *estinguendo* il diritto che *al valor* della cosa, ha qual rapporto *suo proprio*, il creditore procedente.

Digitized by Google

si possa togliere, o ristringere al creditore ipotecario: togliendoglielo, verrebbe impedito dall'esercitare la pretesa che giuridicamente gli spetta (1): e restringerlo non si può, quando la restrizione sia tale da indurre questo effetto, ch'è nell'entità del poter suo. Si può dubitare, se questo diritto di procedere alla liquidazion della cosa debba indurre la necessità di ricorrere all'esecuzione per via di giustizia: e pur mantenendo tal dottrina, secondo ch'è già occorso di sostenere, si può integrarla osservando, che valevolmente si provvede al fine di trasformare la cosa in valore, quando s'impieghi a ciò un mezzo legittimo, non contraddicente alla ragion dell'ordinamento legale sull'ipoteca (2). Contraddizione che non s'ha nel caso di patto per cui il proprietario consenta al creditore ipotecario di vendere la cosa a trattative private, figurando così il creditore come suo rappresentante (e sarebbe mandatario anche nell'interesse proprio); nell'ipotesi del patto obbligante a vendere la cosa a trattative private, e che vale nel senso di obbligare ad esperimentar prima questo mezzo di liquidazione, perchè altrimenti potrebbe togliere o restringere ingiustamente il diritto di vendere; e manca pure nel caso di vendita, o di obbligazione di vender la cosa, allo stesso creditore ipotecario.

Pei quali esempi meglio vien confermata la regola che il diritto di alienare comporta quei patti onde non vien tolto, o ristretto così, che la restrizione equivalga in realtà al toglierlo; e che nel modo di esperimentarlo, si posson pure convenire i patti per cui, allo stesso modo dell'esecuzione giudiziale si può ottenere la liquidazione della cosa, senza che vi si contenga veruna legge commissoria. Che questa non sia legittimamente pattuibile, s'è già dimostrato (3), nè occorre ora di riesaminar l'argomento: soltanto si deve avvertire rispetto al diritto di alienare, ch'esso può venir meno per l'obbligo di garantire assuntosi dal creditore verso l'acquirente della cosa

---

(1) E in ciò si manifesta la determinazione netta che il diritto di pegno ebbe, perchè la vendita è operata pel diritto proprio (al *valore*) del creditore istante: e non avendovi parte il debitore espropriato, ne vien per altro tutelato il legittimo interesse (consistente nel diritto suo di proprietario) dalle forme prescritte in materia di esecuzione forzata.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 266; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1291.

(3) V. la p. generale cit.

Digitized by Google

onerata (1), e s'intende che tal effetto s'avvera non a ragion di convenzione ch'escluda quel diritto inerente all'ipoteca, bensì in conseguenza di altro valido rapporto giuridico, che necessariamente gli toglie vigore.

375. Al diritto di procedere all'esecuzione reale, la legge impone un vincolo restrittivo fondato nel modo di essere della cosa onerata. S'è detto che la cosa indivisa può ben essere oggetto d'ipoteca (2); ma la creazione e la costituzione dell'onere non dànno al titolare il diritto di esercitarlo finchè la indivisione sussiste; onde l'obbligo suo di porvi termine per determinare la cosa che veramente vien liquidata, con sicurezza di chi si presenta alla licitazione, e di chi ne sarà l'acquirente.

Questo il motivo dell'ordinamento, che rispetto alla *cosa indivisa* separa l'idoneità a sopportare l'ipoteca, dall'altra di essere oggetto dell'esecuzione reale (3) nè il fine della legge consente di distinguere il caso d'indivisione riferita ad un compendio patrimoniale (eredità), da quello d'indivisione di cosa singola determinata (4), come neppur permette di distinguere rispetto al modo che ha dato causa all'indivisione, e per essa alla comunione di più interessati (5). Qualunque sia il motivo di tal fatto, e qualunque sia il numero dei beni cui si riferisce, la ragion della legge è la medesima, è ugualmente valida: e quindi è sempre applicabile la restrizione che ne segue.

---

(1) V. Aubry et Rau, op. cit., III, § 287; Laurent, op. cit., XXX, 264; Troplong, op. cit. III, 806; Pont, op. cit., II, 1167; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. III, 2165.

(2) C. civ., a. 2077.

(3) Non si può quindi distinguere tra il momento dell'aggiudicazione e gli atti precedenti: questi *a cominciar dalla trascrizione del precetto*, son parte della procedura di esecuzione. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2687. E il terzo possessore, può bene instare per la divisione, anche dopo la sentenza di vendita (Cass. di Napoli, 11 luglio 1899, *G. it.* 1899, I, 1, 752; App. Casale 8 giugno 1899 (*ib.*, in n.); l'alienazione deve infatti esperirsi su cosa *determinata*. Onde non rileva l'avvertire che la sentenza, qual mero atto di procedura per l'esecuzione immobiliare non impedisce di proporre le eccezioni contro la validità degli atti anteriori. Cass. Napoli, cit.): giudizio disputabile assai.

(4) Cons. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 20 *bis* III; ma cfr. Aubry et Rau, op. cit., VIII, § 778; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2639.

(5) V. gli Aut. cit. nella n. preced.

Digitized by Google

376. La quale non ha virtù, e, pel motivo che la giustifica, non può averla, quando l'azion del creditore ipotecario si svolga rispetto a tutti i compartecipanti alla cosa indivisa: allora, il poter suo si afferma sulla cosa intera, ch'è tutta dedotta nella procedura di liquidazione, e sarebbe stato perciò ingiusto ed inutile ritardo quello d'imporre all'istante di curarne la divisione tra gli interessati, prima d'instituire il giudizio di esecuzione reale. La dottrina francese(1) discusse questo punto in relazione al compendio ereditario, e ricercando se la necessità della previa divisione s'imponesse non soltanto ai creditori personali dei vari eredi, ma anche ai creditori ereditari, decideva che ciò non potesse avvenire quando questi avessero a garanzia l'intero patrimonio del defunto: la legge italiana fermando la regola in materia d'esecuzione(2), ha disposto che l'indivisione non generi l'ostacolo or descritto, se l'instante abbia diritto contro tutti i compartecipanti alla cosa comune: ed espose così la ragion di decidere in modo più generale, meglio conforme alla regola contenente la restrizione ordinata. E però s'intende, che se verso qualcuno di questi interessati il creditore non potesse giustamente agire (come avverrebbe s'egli avesse l'obbligazion di garantirgli l'acquisto della parte indivisa che ha, o se la ragion di credito fosse rispetto ad alcuno dei compartecipanti soggetta a condizione, o termine: o se, nel caso di ragione ipotecaria esistente pel debito di ognuno, rispetto a ciascuna parte avesse consentito la divisione), l'azione sua esecutiva contro gli altri, e però contro le altre parti della cosa, non può valevolmente procedere, se non avvien prima la divisione: mancherebbe altrimenti la determinazione precisa dell'oggetto ch'è dedotto nell'esecuzion reale.

377. Determinazione questa che dev'essere condotta in modo certo e definitivo, perchè altrimenti non s'avrebbe la sicurezza dell'acquisto garantita ai licitanti nel giudizio di subasta: nè per ordinario, una division provvisoria o parziale sarebbero sufficienti a produrla. Non la provvisoria, esprimendo essa una necessità od un espediente di

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 200*bis*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2640; sebbene la dottrina sostenuta da questi A. sia dedotta particolarmente dal considerare che l'azione volta contro la *ragion ereditaria* del coerede contro cui si procede, non verta su *cosa specializzata* ma su parte *determinata* dell'universalità.

(2) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

amministrazione della cosa comune(1); non la parziale, quando essa lasci indefinita la porzione del compartecipante contro il quale si vuol procedere, o non l'abbia determinata interamente. Per il che, se questa divisione definisce la parte su cui è stato imposto l'onere durante l'indivisione, si potrà procedere esecutivamente, nè rileva che le porzioni degli altri compartecipanti non siano ancora determinate: se anche su di esse il medesimo onere fosse imposto, il ritardo a dedurle nella procedura esecutiva non vieta d'esperire l'azione sulla parte di già fissata. E se neppure la porzione onerata fosse definita per intero, ma la parte già determinata le fosse attribuita in modo certo, invariato, il creditore ipotecario, a ragion dell'indivisibilità del suo diritto, potrà procedervi esecutivamente: purchè un patto contrario (come s'avrebbe nel divieto d'agire per l'esecuzion reale prima della divisione inter, od altrimenti definitiva), non gli sia a ciò d'impedimento.

378. Se il motivo dell'ostacolo posto dalla legge all'azion del creditore è la mancanza dell'*oggetto certo*, *determinato*, dedotto nella liquidazione, chiaro è che questa non può valevolmente principiare se la divisione non sia seguita in modo da togliere l'impedimento: l'esecuzione non ha oggetto certo su cui si possa condurla, e però, tutti gli atti che prima di rimoverlo il creditore avesse fatto a fin di esercitarla, sono necessariamente colpiti di nullità (2). Della qual si dubita da qual momento abbia principio: e la difficoltà non parrà grave a chi osservi, secondo la costruzione condotta fin qui, che l'ostacolo imposto dalla legge si riferisce alla procedura di esecuzione, vieta cioè ch'essa sia aperta, in modo che la nullità colpisce l'atto che dovrebbe darvi principio: ch'è la *trascrizione del precetto immobiliare*. Ma, indipendentemente da questa ragion di costruire, anche il solo precetto immobiliare è viziato d'invalidità: è vero ch'esso per sè non apre la procedura dell'esecuzion reale; pure, contiene la minaccia di aprirla, e dovendosi perciò riferire a *beni* certi, determinati, l'intimazione non par valida, mancandovi la determinazione precisa dell'oggetto. La qual risoluzione avrebbe dunque un motivo speciale, proprio all'entità stessa dell'atto, in quanto val *minaccia di esecuzione*.

(1) V. gli Aut. cit. nella n. 1 a pag. preced.
(2) V. il rinvio fatto nella n. preced.

Digitized by Google

La nullità descritta, operativa com' è di effetto immediato, può essere opposta subito (1): e sebbene a ragion dell'oggetto, sia *inesistenza,* non semplice annullabilità, per quel che si riferisce alla validità della procedura esecutiva si deve farla valere nei termini a ciò prescritti. Qualunque interessato ha diritto di opporla: e cioè gli altri creditori, od aventi causa della persona contro cui la procedura esecutiva è instituita (2), i compartecipanti alla comunion della cosa indivisa, e lo stesso debitore. (3) Di quest'ultimo si dubita, è vero, se abbia diritto di farlo: ma argomentando dal contenuto d' inesistenza or attribuito all' invalidità (e non pare si possa costruire altrimenti, secondo la ragion della legge), non sarebbe corretto, a fin di negarglielo, d' indagare quale interesse egli abbia a valersene.

379. Di altre limitazioni che all'esercizio del suo diritto di esecuzione reale la legge impone al creditore procedente (e che non sono speciali all'esecuzione promossa in virtù d'ipoteca (4), ma vi si estendono come parte dell'ordinamento generale in materia di procedura esecutiva sugli immobili), non è questo luogo opportuno a discorrere; contengono come un divieto di atto emulativo a danno di altri creditori, perchè il giudizio di esecuzione reale, promosso da uno dei creditori interessa tutti, in quanto rispetto ad ognuno avviene la trasformazione della cosa nel valore su cui i rapporti di garanzia (gli speciali ed il generale) concorrono. Soltanto ad una limitazione speciale al diritto d'ipoteca, è necessario s'accenni; ed è quella riferentesi al carattere d'*indivisibile* che il rapporto ha, ben potendo il titolare il quale validamente possa disporre delle cose sue, consentirne la rinuncia. E sebbene per questo elemento sia già occorso di riavvicinare, nella costruzione generale fatta dell'istituto del *pegno* (5), l'onere di garanzia all'onere di *servitù reale* vôlto al godimento della cosa, pure s'intende come l'indivisibilità ch'è a quest'ultimo rapporto termine di esistenza, sia sòlo tra gli elementi naturali del pegno; il quale si riferisce ad un oggetto ben

(1) Cons. MERLIN, Rép. cit. v°. *Saisie immob.*, § 3; cfr. THÉZARD, op. cit., 385.

(2) Conns. AUBRY et RAU, op. e l. cit.; THÉZARD, op. e l. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2640.

(3) V. gli Aut. cit. nella n. preced.

(4) C. civ., à. 2087. C. pr. civ. 667, 668.

(5) V. V. il vol. I, cap. I.

Digitized by Google

separabile, che per l'entità sua, dalla cosa onerata, può esistere distintamente, ed è suscettibile di divisione: il *valore* cioè contenuto nella cosa onerata. Onde la possibilità di convenire che l'*ipoteca* sarà divisibile: nel senso, che riducendosi il credito garantito verrà pur essa ridotta in proporzione, o che se più fossero gli obbligati, l'ipoteca costituita rispetto a tutti sia ristretta a seconda dei pagamenti ch'essi facciano del rispettivo debito: o ne sia diviso l'effetto a seconda della partizione che sia fatta della cosa onerata; esponendo l'eccezione in modo più generale, si dirà ch'essa toglie al rapporto d'ipoteca il carattere pel quale altrimenti sarebbe *tota in toto, tota in qualibet parte* (1).

§ 7. *Cont.*

Effetti rispetto al terzo possessore.

A) Generalità.

Sommario. — **380-384.** Differenza tra il terzo che costituisce l'ipoteca, ed il terzo possessore: che trae il suo diritto dal potere di disporre rimasto al titolare della cosa ipotecata. Come rimpetto al creditore ipotecario il terzo acquirente fissi il suo diritto: questioni.. Causa dell'alienazione: alienazion giudiziale. Chi è terzo possessore: *a)* proprietario della cosa; o di parte di essa. *Quid*, se fosse soltanto detentore? — **385.** Non dev'essere obbligato personalmente al pagamento del debito garantito. *Quid*, se si fosse obbligato pel contratto a pagare il prezzo ai creditori ipotecari? Se indipendentemente da ciò, fosse debitore del prezzo? — **386-387.** *Quid* degli eredi? Questioni. Ma è titolare della proprietà onerata dell'alienazion di valore ch'è nell'ipoteca: quindi, se non è obbligato personalmente, ha obbligo in qualità di proprietario della cosa direttamente *obbligata*. — **388.** In conseguenza, qual sia il diritto che rimpetto al terzo ha il creditore. Pure, siccome l'alienazione è a fine di sicurtà, questa legge determinante l'acquisto lo domina ancora nei rapporti col

(1) V. il rinvio fatto nella n. preced. E cons. Laurent, op. cit., XXX, 175 e segg. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 75*bis*, V; Martou, op. cit., II, 695; Troplong, op. cit., I, 388; Pont, op. cit., I, 331; Guillouard, op. cit., II, 63: Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., I, 900. Più volte è occorso di accennare, applicandolo, il concetto or esposto; e in particolar modo nella ricerca intorno all'estensione dell'ipoteca, a ragion di aumento avveratosi nella cosa onerata (estens. oggettiva). Così s'è osservato, che nonostante la regola condotta sui caratteri del rapporto, la volontà delle parti può ben impedire che l'onere s'estenda agli aumenti derivati da immobilizzazioni per destinazione, o ad altra miglioria; oppure a quanto s'aggiunga alla *quota* gravata, a causa del diritto d'accrescimento.

Digitized by Google

terzo possessore. Eccezioni che questi può opporre. — **389-391**. Non ha il benefizio di escussione, ma ha quello *cedendarum actionum:* può avere anche l'eccezione della garanzia che il creditore gli debba. — **392-393**. Se non ha eccezioni, il diritto del creditore ha tutta la sua virtù; a lui non rimane che liberare la cosa dall'onere ipotecario, e in quali modi possa farlo. Altrimenti, il creditore può agire per separare dalla cosa il valore che gli spetta: diritto che rispetto all'esecuzion reale appartiene al terzo, in virtù dell'*obligatio ob rem* ch'egli ha: abbandono. Partizione della materia.

380. La figura giuridica del terzo concedente l'ipoteca pel debito altrui, si differenzia nettamente da quella del terzo possessore: ch'è interamente estraneo alla concessione dell'onere reale, mentre il terzo concedente, sebben pur egli non sia obbligato di persona, ha concesso la garanzia, facendo a ciò servire la cosa: riman quindi tenuto per la concession della sicurtà, altrimenti da quanto avviene al terzo possessore, ch'è in rapporto col creditore ipotecario soltanto qual proprietario della cosa onerata, e perchè nel suo diritto, così come lo ebbe, è inserito l'onere dell'ipoteca, del diritto reale al valore.

Cosicchè, il terzo possessore è il titolare della cosa onerata, diventato tale per via del poter di disporre che l'ipoteca, per l'entità giuridica che la distingue, non potè togliere al concedente, od all'obbligato contro il quale la costituzione avvenne; egli di fronte al creditore ipotecario rappresenta il diritto di proprietà in cospetto del diritto reale che ne modifica l'estensione, e che contiene l'alienazion di valore, effettuata a scopo di garanzia. I due diritti convergono sulla medesima cosa: e mentre il primo, come più ampio la comprende tutta, e le varie utilità che possono costituire oggetto di relazioni giuridiche distinte vi si appuntano, perchè la proprietà ne suppone l'esistenza, il secondo contiene quello tra questi rapporti in cui è dedotto il valore alienato a fin di sicurtà: ciascuno poi abbisogna, per esistere, delle forme necessarie a fissarlo rimpetto ai terzi. La trascrizione cioè (ad eccezion di quelle speciali cause di acquisto che non la richieggono) per la proprietà od altri diritti reali di godimento: l'iscrizione per l'ipoteca; e s'è già osservato come avverso l'iscrizione effettuata la trascrizion posteriore non prevalga, e contro la trascrizione già fatta l'iscrizione non abbia virtù alcuna (1). Al qual riguardo giova soggiungere, che può avve-

(1) C. civ., a. 1932, 1942. E s'intende, dove si pensi che per via di questa forma vien giuridicamente consumato l'*acquisto* sulla cosa (trascrizione) o sul valor della

Digitized by Google

nir di richiedere nello stesso giorno, o contemporaneamente, la trascrizione e l'iscrizione contro la medesima persona: e se in alcun modo non si possa rilevar dal registro d'ordine, o dai registri speciali, qual richiesta sia stata presentata prima, si dovrà decidere come nel caso di domande di trascrizione fatte contemporaneamente, e riferirsi cioè alle rispettive date dei titoli d'acquisto della proprietà o del valore (1).

381. Il terzo possessore trae dunque la sua condizion giuridica dall'acquisto della cosa: e può sorgere quistione intorno la natura di tal acquisto, se debba derivar cioè da vendita volontaria, o, se ancorchè sia coatta, il terzo acquirente abbia i diritti che di fronte al creditore ipotecario gli son concessi dalla legge. E s'osservi: la difficoltà non tocca realmente lo stato dell'acquirente, ch'è sempre terzo; sibbene i diritti del terzo possessore come tale, potendo alcuni di essi contraddire al modo di alienazione ond'è venuto l'acquisto. Ora, la vendita giudiziale coatta esclude la facoltà consentita al terzo di procedere alla *purga* delle ipoteche (2) gravanti la cosa acquistata, perch'è atto chiudente la procedura di liquidazione, e interessante, pel suo fine, tutti i creditori ipotecari; la liquidazion giudiziale della cosa è modo di purgare la *proprietà* dagli oneri di sicurtà che v'ineriscono (3), e non importa se l'acquirente sia diventato tale per licitazion seguita al sovrincanto proposto sull'offerta di purga, non mutandosi perciò la causa dell'acquisto. Ma non sempre questa decisione sta: può avvenire che alla liquidazione giudiziale un creditore ipotecario rimanga estraneo a causa delle mancate notifi-

---

cosa (iscrizione); nè sarà inutile ricordare, che all'infuori dei due modi or descritti, in quanto destinati a dar la *pubblicità* essenziale all'*acquisto*, non è possibile all'acquirente il quale non li abbia compiuti di eccepir contro ai terzi la *scienza* del fatto originante il suo diritto. Cons. Cass. Napoli 3 giugno 1899 (*Giur. it.* 1899, I. 1, 544).

(1) A conforto della qual decisione s'è argomentato dalla fede dovuta ai registri; e non soltanto a quelli in cui determinatamente è impostato il *fatto giuridico* dell'acquisto, ma pur agli altri che ne preparano la compilazione. Cons. specialmente Aubry et Rau, op. cit., § 174; Pont, op. cit., II, 736 *bis*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1440; Cass. fr., 18 dic. 1888 (*J. du P.* 1889, 1, 139).

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 293 *bis*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2371.

(3) V. gli Aut. cit. nella n. preced. V. pure André, *Tr. prat. du rég. hypoth.* (II° éd. Paris 1898), n. 1195; Dalmbert, *Tr. théor., et prat. de la purge d. privil. et hypoth.* (II° éd. Par. 1891), n. 50, t. e n. 3.

Digitized by Google

cazioni che a fin di concorrervi gli si sarebbero dovute intimare: in tal caso, la liquidazione non è purga rispetto al suo diritto, ed il terzo acquirente in occasion di vendita giudiziale, potrà esercitare in riguardo a lui quei diritti che normalmente son determinati dalla condizione ch'egli ha (1).

382. A definire in modo ampio lo stato del terzo possessore, si potrebbe dire, ch'è tale chiunque abbia acquistato la cosa onerata, oppure un diritto di godimento su di essa, sebben questo non tenga di fronte alla precedente ipoteca, derivandone alla cosa una diminuzion del valore che aveva al momento in cui la sicurtà è stata costituita. Ma, quando si badi ai diritti *speciali* conceduti al terzo possessore, si osserverà, che soltanto quello di *pagare* al creditore ipotecario il *valore* cui ha diritto sulla cosa, può essere esercitato dal terzo acquirente un diritto di servitù reale (2); non potrà effettuare la proposta di purga, perchè il suo diritto non è, di regola, alienabile (3), nè l'abbandono, perchè rimpetto al creditore ipotecario la costituzion di tale onere non ha consistenza speciale, differenziata (4). La cagion del divieto è dunque tutta nella natura speciale del diritto acquistato: cosicchè, quando la servitù reale, o pel modo col quale venne costituita o perchè l'oggetto suo ne impedisca la *separabilità* dal fondo cui accede (5), sia oggetto idoneo di alienazione e perciò di liquidazion coatta, l'eccezione descritta rispetto alla *purga* di necessità vien meno (6).

---

(1) Colmet de Santerre, op. cit., IX, 183 *bis*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2388; Dalmbert, op. cit., n. 51.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § 294:; Laurent, op. cit., XXXI; 461; Pont, op. cit, II, 1312; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2732. Cass. fr., 25 ap. 1888 (*J. du P.* 1889, I, 113).

(3) Disinteressando cioè completamente il creditore da ogni ragion sua sul *valor* della cosa: e però nei termini in cui questo suo diritto reale al valore è contenuto.

(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 293 *bis*; Laurent, op. cit., XXX, 435; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 169 *bis*, XXI e segg.; Pont, op. cit., II, 1283; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2335; Dalmbert, op. cit., n. 87 *bis* e 89; Labbé, in *Revue crit.*, 1856, VIII, p. 231, t. e n. 11-12.

(5) Non vi è abbandono possibile di una semplice *qualità del fondo*. Cons. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 147 *bis*, VII; Pont, op. cit., II, 1116; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2045.

(6) La questione su questa « *possibilità di separazione* » è stata discussa, descrivendo le cose idonee a sopportare ipoteca. In materia di acque, i concetti economico-giuridici giustificanti tale separabilità, così nettamente determinata da Ro-

Digitized by Google

Intesa così la condizion giuridica del terzo in riguardo dei diritti concessigli di fronte al creditore ipotecario, è chiarita e giustificata la dottrina che dà nome e qualità di terzo possessore a chi sia diventato proprietario della *cosa onerata:* ed a fin di esserlo abbia curato (fatta eccezione per alcune cause speciali di acquisto) la *trascrizione* del suo titolo, e di quelli dei suoi autori, qual forma necessaria a fissare rimpetto ai terzi il diritto ch'egli ha. Nè importa s'è acquirente non della *cosa intera*, bensì di *parte* di essa: l'alienante, in virtù del potere di disposizione rimastogli, a quel modo che poteva alienarla intera poteva alienarne soltanto una parte, od alienarla in parti determinate, e l'acquirente ben poteva perciò acquistar cosa idonea ad essere venduta per via d'incanto giudiziale: e ciò dimostra come altrimenti avverrebbe se l'acquisto si riferisse non ad una porzion certa, sibbene a parte indivisa della cosa: l'acquirente, quantunque terzo possessore, non potrebbe esercitare altri diritti all'infuori dell'offerta di pagamento, o dell'abbandono, per l'inidoneità della cosa indivisa ad essere, in tal qualità, oggetto di esecuzion reale (1). Decisione questa che non si potrebbe più sorreggere, quando le mancasse la ragion di essere, ch'è l'indivisione della cosa: perciò, cessata tal condizione di fatto, e determinata la porzione, l'acquirente potrà valersi di tutte le facoltà conferite dalla legge al terzo possessore.

382. Acquirente dunque dell'oggetto, o di porzion determinata di esso, occorre sia il terzo: s'egli fosse semplicemente *detentore*, non

---

MAGNOSI (op. e l. cit.) vennero dichiarati con notevole ampiezza da CARLE nella discussione fatta nel Sen. it. sul progetto della derivazione delle acque pubbliche (*Sen. del Regno*, Atti parlam., Leg. XX, sess. III, p. 1113 e segg.): dov'è pur affermata secondo i termini che paion giuridicamente più esatti, e che vennero qui sostenuti, la teoria delle *demanialità*, non involvente in alcun modo la «*proprietà*» dell'ente cui spetta la tutela e direzione del *pubblico uso*.

(1) L'interesse dell'acquirente giustifica l'offerta di pagamento, e l'esistenza separata, differenziata dell'acquisto (differenziata non per l'oggetto, ch'è parte indivisa, ma rispetto al *diritto del titolare* ch'è posto in liquidazione) giustifica l'abbandono. Però la purga esige la differenzazione anche rispetto all'oggetto, e non al solo diritto come potere astratto sulla cosa: la specializzazione cioè della *cosa*, che, per effetto della liquidazione iniziata con la purga, può esser oggetto di vendita giudiziale col sovrincanto. Cons. COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 169 *bis*, XXI; PONT, op. cit., II, 1270; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. III, 2333; LABBÉ, in *J. du Pal.*, 1881, 1, 680, in n.; Cass. fr. 4 giugno 1890 (*J. du Pal.* 1891, 1, 305). S'intende, che, cessata l'indivisione, vien meno l'impedimento.

Digitized by Google

avrebbe diritto alcuno sulla cosa, che perciò sarebbe ancor tenuta di spettanza del titolare contro il quale l'ipoteca venne costituita, o di altro acquirente che avendola acquistata, abbia pur fissato il suo diritto mediante la trascrizione: se all'uopo tal formalità fosse necessaria (1). E, siccome (fatta sempre l'eccezion descritta) il terzo acquirente che abbia tralasciato di trascrivere non figura in tal sua qualità di fronte ai terzi che a lor volta abbiano acquistato e conservato diritti sulla cosa, dal creditore ipotecario si dovrà pur considerare qual semplice detentore, chi, avendo acquistato la cosa, o parte determinata di essa, non siasi curato di far trascrivere il suo acquisto: la mancanza di tal forma impedisce che l'acquisto abbia consistenza giuridica. Perciò in riguardo al titolare dell'ipoteca, la cosa onerata non figura come uscita dal patrimonio del trasmittente, e l'esecuzion reale su di essa si potrà promovere contro quest'ultimo (2): od anche contro l'acquirente che l'ha, quantunque non abbia fatto trascrivere il proprio titolo, se il creditore così voglia: non gli si può infatti vietar di conoscere, e tenere per valido, l'acquisto che solo in rispetto a lui, ed agli altri terzi, doveva aver esistenza mediante la trascrizione.

384. Ma se il terzo possessore si trova (come s'è avvertito, e s'osserverà ancora in seguito) in rapporto col creditore ipotecario soltanto per via della cosa ch'egli ha, e in cui è inserito il diritto al valore contenuto nell'ipoteca, s'intende che dov'egli si trovi in questa relazione per essere obbligato *personalmente*, la qualità di terzo sparisce perchè è pur *debitore*, e l'ipoteca gravante la cosa acquistata toglie allora figura di garanzia specializzata sul suo patrimonio (3): qualche legislazione argomentando, è vero, non dalla relazione tra i due rapporti, ma dalla volontà che abbia presieduto al trasferimento della cosa, avvisa che l'acquisto induca l'assunzion del de-

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, 271; Laurent, op. cit., XXXI, 21.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1554; Troplong, *Transcr.* cit., 50 e segg. 275; Mourlon, *Transcr.* cit., I, 87, e II, 582, 583.

(2) Cons. Labbé, *mon.* e l. cit.

(3) C. civ., a. 2016, 2040. Se fosse pur *debitore*, inutilmente il terzo esperimenterebbe l'abbandono o la purga, perchè rimanendo sempre *obbligato*, non può mutare la ragion d'essere dalla garanzia accedente all'obbligo suo: cfr. tuttavia sul diverso modo d'intendere il principio in relazione all'*abbandono* ed alla *purga*, Pont, op. cit., II, 1271.

Digitized by Google

bito, quando, a a dar al negozio l'effetto liberatorio rispetto al debitore cedente, siano osservate le forme statuite a far presumere la volontà del creditore di annuire all'avvenuta mutazion dell'obbligato (1). Secondo la legge italiana, separata nettamente com'è l'*obligatio ob rem* dall'obbligazion personale, questa non passa al terzo acquirente pel solo fatto dell'acquisto, occorrendo a ciò un atto valevole di sua volontà, che può essere anche posteriore al negozio, nè importa se dai creditori non sia ancor accettato, valendo esso qual condizione del trasferimento: e neppur fa che tal volere non sia esplicato in modo espresso, bastando sia certamente manifestato (2). Perciò la semplice obbligazione che nell'atto di acquisto si fosse assunto l'acquirente di pagare ai creditori ipotecari il prezzo pattuito, non è bastevole ad indurre ch'egli abbia pur voluto assumersi l'obbligazione personale garantita; quel fatto ha un significato ed un valore speciale, ben spiegabile senza dedurvi qual contenuto l'assunzion del debito (3).

Ma, indipendentemente da tal assunzione, il terzo possessore debitore del prezzo non ha, pure rimanendo tale, qualcuno dei diritti che normalmente gli spetterebbero: quello di *abbandonar la cosa*: i creditori ipotecari possono difatti obbligarlo a farne ad essi il pagamento, nel caso che agguagli o superi il valore inscritto cui hanno diritto, e se fosse inferiore, o fosse condizionale, o non ancora esigibile, si posson mettere di accordo a fine di imporgli che lo paghi com'è, o quando sarà dovuto; e tal pagamento induce di necessità l'estinzione delle ipoteche gravanti la cosa acquistata (4). Ragion della legge non è qui, come s'è osservato, l'assunzione del debito garantito, della qual figura non è traccia; è l'obbligazione che all'acquirente deriva dall'acquisto, perchè o siasi egli assunto verso il trasmittente l'obbligo di pagare i creditori ipotecari, o sia debitore in tutto od in parte del prezzo pat-

(1) C. civ. germ., § 416, comb. 415, in f.

(2) Cons. su queste decisioni Aubry et Rau, op. cit., III, § 287 e 293 *bis*; Laurent, op. cit., XXXI, n. 291, 292, 422; Pont, op. cit., II, 1180, 1273; Thézard, op. cit., a. 176, 194; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2185; 2230 e segg.

(3) Ma i creditori possono ben agire *esercitando* i diritti del loro debitore, ch'è autore del terzo possessore; C. civ., a. 1234. V. gli Aut. cit. nella n. preced.

(4) C. civ., a. 2023. Cons. sulla questione qui risoluta Aubry et Rau, op. cit., § 287; Laurent, op. cit., XXXI, 291; Troplong, op. cit., III, 823; Pont, op. cit., II, 1186; Thézard, op. cit., 876.

Digitized by Google

tuito, s'egli volesse liberarsi dall'obbligo di pagare con l'abbandono contro ai creditori ipotecari che gl'intimassero di adempiervi, violerebbe il contratto bilaterale che ha stretto (1). Non si può dunque costruire sull'assunzion di debito, bensì sull'osservanza del contratto, e quando si pensi che sebbene il prezzo paia far parte del patrimonio intero dell'obbligato, e perciò entri nella garanzia generale spettante a tutti i creditori, pure vien specialmente devoluto ai creditori ipotecari che hanno sul *valor* della cosa (determinato nel valor dell'acquisto) un diritto prevalente, si vedrà che il provvedimento descritto si può ben riferire alla possibilità di *surrogare* (oggettivamente) altra cosa a quella onerata. Al qual istituto s'accennò; e sarà nuovamente dichiarato nell'esporre in qual modo la perdita della cosa operi rispetto all'ipoteca.

385. In applicazione delle considerazioni or fatte, s'intende, come non soltanto chi acquisti a titolo oneroso la cosa gravata da ipoteca, ma ancor chi l'acquisti a titolo gratuito per donazione, purchè sia obbligato verso i creditori ipotecari se la liberalità ha l'onere del pagamento dei crediti o delle *ipoteche* (2), o per legato, ha qualità di terzo possessore (3); e s'intende pure come l'abbia il terzo che acquistò la cosa nel giudizio di licitazione per la division dell'eredità (4): che s'egli invece fosse cessionario della quota di uno tra gli eredi, e diventasse così acquirente della cosa intera, tal qua-

(1) V. gli Aut. cit. nella n. preced., op. e l. cit.

(2) Cons. Troplong, op. cit., III, 794, IV, 903. E cons. pure Aubry et Rau, op. cit., § 293 *bis*; Laurent, op. cit., XXXI, 422 e 425; Colmet de Santerre, IX, 969 *bis*, VI, e XI; Pont, op. cit., II, 1273, e 1276; Thézard, op. cit., 194; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2331 e 2353; André, op. cit., 1186; Labbé, in *R. crit.* cit., l. cit., p. 211 e segg.; Dalmbert, op. cit., n. 105. Si asserisce il contrario nel caso di donazione d'universalità (V. gli Aut. cit.; ma cfr. Troplong, op. e l. cit.); e pure, ancor ammettendo che il diritto italiano consenta tal forma di liberalità, dove si pensi che il donatario non rappresenta in verun modo la persona giuridico-patrimoniale del suo autore, non parrà giustificata la teoria che al donatario di chi sia personalmente tenuto al pagamento del debito ipotecario, nega la facoltà di *purgare* rispetto alle cose dedotte nella donazione a titolo universale. A meno che, secondo si è detto nel testo, l'atto stesso non imponga l'onere personale all'acquirente; e tal volontà potrebbe essere contenuta nel modo col quale l'oggetto è dedotto nel negozio. Sul principio cons. Cass. fr. 6 febbr. 1889 (*J. du Pal.* 1889, I, 935); e cfr. Demante, *ib.*, in n.

(3) Arg. Cass. fr. 10 nov. 1891 (*J. du Pal.* 1891, 1, 103).

(4) Cass. fr. cit. nella n. prec.

Digitized by Google

lità non può spettargli per le ipoteche costituite dal suo autore (vietandolo l'obbligo suo personale), sibben per quelle costituite dagli altri eredi (1). Questa risoluzione vien giustificata dal modo di considerare la condizion dell'erede, del quale, quando abbia accettato puramente e semplicemente l'eredità, è certo che l'obbligo personale suo, dipendente dalla rappresentanza ch'egli ha del *de cuius*, vieta di poterlo ritenere qual terzo possessore; ma quando avesse pagato la sua porzion di debito, par che siffatta condizione non gli si possa contrastare in rispetto all'ipoteca assicurante il credito contro gli altri coeredi. Di ciò si dubita assai, argomentando dall' *universalità* ch' è nella successione, e dal continuarsi nell'erede la persona del defunto: e non si avverte che tal carattere dell'acquisto per eredità si restringe nei termini della *quota* spettante al chiamato: cosicchè, se entro di essi è contenuta l'obbligazion personale, l'erede che paga la parte sua del debito ereditario, è terzo possessore in riguardo alla cosa già ipotecata pel debito intero (2). Che se per la licitazione occorsa nella divisione acquistasse tutta la cosa, sempre per la porzion sua di debito è obbligato personalmente (fatta eccezione pel caso che altri patti non fossero convenuti) e per l' ipoteca che garantisce le altre parti è terzo possessore: sebben qui possa avvenire (come può succedere nell'ipotesi già fatta del terzo cessionario della quota ereditaria) che pei patti speciali convenuti coi creditori ipotecari interessati, l'estension dell'obbligo personale vieti l'assunzione di tal qualità, oppur questa sia tolta per via di altra garanzia, o modo speciale di pagamento, o novazione che si fosse concordata.

Vero è che contro la dottrina qui difesa, attibuente all' erede che abbia pagato la sua porzion di debito ereditario la qualità di terzo possessore rispetto all'onere assicurante ancora le altre parti

---

(1) Nel caso di più eredi, all'erede che abbia pagato la sua quota di debito si dà qualità di terzo per l'*abbandono* (Huc, op. cit., V, 399; Troplong, op. cit., III, 812; Pont, op. cit., II, 1181; Baudry-Lacan-tinerie et Wahl, op. cit., III, 3962; André, op. cit., 1013), non per la purga (Aubry et Rau, op. cit., VI, § 636; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 169*bis*, VI; Pont, op. cit., II, 1273; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2353; Labbé, *R. crit.*, l. cit.) modificandosi per la purga, a differenza dell'abbandono, la condizione dei creditori ipotecari. Ma non si avverte che così vien disconosciuta la condizion giuridica di *terzo possessore;* v. la n. seg.

(2) Cons. Laurent, op. cit., XXXI, 422; Huc, op. cit., V, 399; Troplong, op. cit., IV, 903*bis*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, op. cit., III, 3963.

Digitized by Google

di eredità, si potrebbe costruire, argomentando dalla legge che presiedette all'origine dell'ipoteca: la quale se venne costituita volontariamente, par che mantenga rispetto a tutti gli eredi la volontà del concedente in ordine al fin di garantire il credito intero pel quale venne costituita. E allora, l'erede pur pagando la sua porzion di debito, non par debba essere per le altre parti terzo possessore, a causa di questa volontà di garantire ch'era nel suo autore, e che si mantiene in lui rispetto alla cosa intera ed al credito intero; e a ragion della sua condizione, pur non essendo terzo costituente l'ipoteca pel debito altrui, si troverebbe in posizione analoga a quella che questo ha. Ma la costruzione non risponde ai termini stessi su cui è condotta; si può ben osservare, ch' essa si riferirebbe soltanto ad una forma di ipoteca (la volontaria), e che lo scopo della garanzia verrebbe poi riferito esageratamente alla volontà, a fin di snaturare la conseguenza della divisione, che avvien pure di pieno diritto (1), dei debiti ereditarî. Ed è la divisione che fissa i termini, in cui s'effettua la continuazione nell'erede dei rapporti giuridico-patrimoniali del defunto.

386. Degli eredi che avessero accettato con beneficio d'inventario, s'afferma non convenir loro la qualità di terzi possessori; e giustamente, sebbene alla costruzione della teoria impostata sul concetto che la separazion dei patrimoni, pur liberando l' erede dall'obbligo personale, rende i beni ereditari garanzia intera e diretta dei creditori si possa meglio sostituire il criterio della *liquidazione* ch' è il carattere dell' eredità beneficiata. Sarebbe infatti contradizione irresolubile, l'ammettere che l'erede beneficiario abbia qualità giuridica di terzo, quando i beni son dedotti nella liquidazione ch'egli stesso è chiamato a dirigere nell' interesse dei creditori ereditari da lui rappresentati; può, è vero, procedere all'abbandono, e liberarsi dall'amministrazione, ma con ciò la figura della liquidazione, ben lungi dallo svanire, acquista rimpetto a lui maggior vivezza.

Potrebbe acquistare la condizion giuridica di terzo possessore, se nella licitazione dell'immobile onerato rimanesse egli acquirente (2):

---

(1) C. civ., a. 1204.

(2) Cons. sulla regola e l'eccezione che vi è connessa, Demolombe, *Success.* III. (C. XV), 191 *bis*; Aubry et Rau, op. cit., III, 293 *bis*; Pont, op. cit., II, 1274; Thézard, op. cit., 199; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 236 *bis*; Dalmbert, op. cit., 106, 108 *bis*, 114. Ma cfr. anche rispetto all'eccezione Colmet

Digitized by Google

al qual effetto non varrebbe tuttavia la licitazion fatta tra più eredi beneficiari a fin di divisione tra di essi, non togliendosi per tal fatto dalla liquidazione la cosa acquistata così da un coerede. Pei creditori, cioè questa non muta nella condizione sua, e riman sempre, com'era prima, dedotta nell'esercizio diretto del loro rapporto di garanzia; e però, rimpetto ad essa non cangia lo stato del coerede in virtù dell'acquisto avvenuto, e non terzo acquirente egli diventa, ma resta liquidatore (1). Vero, che la diversa efficacia dell'acquisto, secondo è stata or descritta, sembra ripugnare al fatto giuridico ch'esso contiene, e par quindi che in ogni caso debba venirne all'erede la qualità di acquirente (2): e perciò, non soltanto nel primo, ma ancor nel secondo dei due casi abbia egli interesse a trascrivere il suo titolo a fin di procedere alla purga (3); pure, la diversità si rende ben manifesta a chi osservi come nella prima delle ipotesi esaminate l'acquisto provien dalla liquidazione effettuata, mentre nella seconda è atto interessante le ragioni dei coeredi, e non riferendosi propriamente alla liquidazione, non cangia il diritto dei creditori. Ma se questi intervenissero nella licitazione, regolandola a seconda dei loro interessi, la posizion del coerede acquirente cangierebbe necessariamente, diventando eguale a quella che avrebbe, se essendo solo erede acquistasse la cosa onerata: e ch'è stata or descritta (4).

387. A chiuder questa indagine sulla condizion dell'erede, sia egli puro e semplice, oppure beneficiario, gioverà osservare, riassu-

---

DE SANTERRE, op. cit., IX, 169 *bis*, al quale non pare che l'erede consegua la qualità di terzo acquirente, riferendosi l'acquisto al giorno dell'aperta successione del *de cuius* di cui egli è avente causa *per via diretta:* no per via diretta, bensì pel fatto giuridico sopraggiunto dell'*aggiudicazione*. V. la n. seguente.

(1) La posizione è affatto diversa; non l'unico erede, ma uno tra gli eredi ha acquistato per licitazione la cosa non divisibile in natura. Qui la figura dell'erede, e però del liquidatore, domina sull'altra dell'acquirente; l'aggiudicazione è seguita a fin di divisione, e come non può alterare la posizione dell'erede aggiudicatario rispetto alla cosa, non altera quella che di fronte a lui hanno i creditori. La licitazione insomma non è in questo caso atto di *liquidazione*. Cons. HUC, op. cit., V, 241. Ma cfr. gli Aut. cit. nella n. preced.; e Cass. fr. 5 marzo 1894 (*J. du Pal.* 1895, I, 149), e specialmente WAHL, *ib.* in n.

(2) V. il rinvio fatto nella n. preced. in f., e particolarmente la sent. cit. della Cass. fr.

(3) Cons. Cass. fr. cit.; e v. il rinvio fatto nella n. preced.

(4) Cons. pure PLANIOL in *Revue crit.*, 1891, p. 490.

Digitized by Google

mendo a regola le considerazioni che s'ebbe occasione di fare, come l'intervento dei creditori interessati, od anche la sola pattuizione dei coeredi, possa dar alla divisione, ed agli atti che vi si riferiscono, un effetto speciale rispetto al doversi attribuire al coerede la qualità di terzo possessore; gli può, difatti, esser tolta quando senza il patto l'avrebbe avuta, e gli può essere attribuita quando senza il patto non gli sarebbe spettata.

388. I concetti posti a fin di chiarire *chi* sia terzo possessore, indurrebbero ad asserire che se l'acquirente ha, a sua volta, trasmesso ad altri la cosa onerata, questi e non egli abbia rimpetto ai creditori ipotecari la condizion di terzo; cosicchè l'alienazione produrrebbe in lui la decadenza da tal qualità, e dal potere di esercitare i diritti che v'ineriscono (1), fatta eccezion pel caso che alienando soltanto parte della cosa onerata, non abbia conservato per la parte ritenuta questa condizione, e l'interesse a valersene (2). Ora, è appunto la considerazion dell'interesse che dà il criterio a costruire più esattamente la teoria; potendo avvenire che non si abbia più il possesso della cosa onerata per effetto dell'alienazion fattane, e pur l'alienante conservi sempre interesse legittimo ad esercitare i diritti consentiti dalla legge al terzo possessore: e ciò particolarmente s'avverte nel caso di alienante tenuto verso l'acquirente, ed attual possessore, all'obbligo della garantia in conseguenza degli oneri ipotecari gravanti la cosa. La qual obligazione diretta così ad assicurar l'acquirente contro le turbative che al diritto suo posson venire dall'azione ipotecaria, rende legittimo l'interesse dell'alienante ad impedir che questa si svolga, e valersi perciò dei mezzi che il terzo possessore può sperimentare all'uopo; all'infuori dell'*abbandono*, che non è modo di liberar l'immobile, e presuppone di necessità il possesso della cosa. E la costruzione proposta ben dimostra, che se l'alienante il quale abbia conservato parte della cosa è ancora terzo possessore (3) quando in-

(1) Pel fatto dell'alienazione, la qualità di terzo possessore è nell'acquirente. Cons. DALLOZ, *Répert.* cit.: v. *Priv., et hypoth.* cit, n. 2223.

(2) Cosicchè, la facoltà di purgare (chè di *abbandono* non è il caso) si deduce qui, non del fatto del possesso che manca per via dell'alienazione seguita: sibbene dall'*interesse* che all'alienante deriva dalla legge stessa dell'acquisto.

(3) Su quest'ultima decisione v. DALLOZ, *Rép.* cit., l. cit.

Digitized by Google

vece l'abbia alienata per intero non è terzo possessore, e pure può esercitare alcuni dei diritti che a questo spettano: l'esercizio gli è concesso in considerazion dell'interesse legittimo che vi ha per effetto dello stato suo di alienante (1).

Può anche avvenire, che l'autore del terzo possessore attuale sia decaduto dall'esercizio di alcuni dei diritti che in qualità di terzo gli spettavano (specialmente del procedere alla *purga* dell'immobile); ma qualunque sia la ragion di tal decadenza (anche l'assunzion dell'obligo personale), l'acquirente non ne riceve nocumento veruno alle facoltà che gli spettano, purchè un patto speciale del suo atto di acquisto non generi il contrario : ciò avvenendo, non potrebbe valersi dei diritti di terzo possessore, senza violare l'obligazion costituita (2). Ma all'infuori del caso or descritto, la decadenza incorsa all'autore non s'impone perciò stesso al nuovo acquirente; a lui i diritti di terzo possessore competono soltanto perch'è tale, e può quindi legittimamente esercitarli.

389. Se all'acquisto accedesse una condizione sospensiva, o risolutiva, l'acquirente ha condizione di terzo possessore, ma con titolo condizionato; la ragion cioè di questo elemento accessorio, ne spiega efficacia rispetto alla qualità derivante dall'acquisto, ed all'esercizio dei diritti che vi si riferiscono. Cosicchè, giusta la natura propria della condizione, se questa fosse sospensiva, rimane in sospeso l'acquisto, e la possibilità di esercitare i diritti or descritti fin ch'essa s'avveri (3): se poi fosse risolutiva, dal momento che la sua pendenza non vieta di considerar l'acquirente come incondizionato (fatta eccezion tuttavia pel caso di speciali clausole governanti l'acquisto), certo è ch'egli potrà valevolmente esperimentare

(1) V. la n. ult. a pag. preced.

(2) Con particolare riferimento alla purga, cons. DURANTON, op. cit., XX, 345 *bis*; AUBRY et RAU, op. cit., § 293 *bis*; LAURENT, op. cit., XXXI, 429; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2361; DALMBERT, op. cit., n. 107. La facoltà di purgare viene al terzo della legge, non da concessione che gliene sia fatta dal suo autore.

(3) Anche qui rispetto alla purga (ma la costruzione della teoria concede di decidere ugualmente per l'abbandono) v. AUBRY et RAU, op. e l. cit.; LAURENT, op. cit., XXXI, 428; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 169 *bis*; PONT, op. cit., II, 1285; THÉZARD, op. cit., 195; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, DALMBERT, op. cit., n. 107.

Digitized by Google

quei diritti, tenendo lo stato di terzo possessore (1). Che se la condizion s'avverasse, le ipoteche di cui egli avesse liberato la cosa acquistata rivivono, in quanto per questa liberazione sia surrogato al titolare degli oneri estinti; la risoluzione avvenuta fa cessare a suo riguardo la confusion vietante la possibilità giuridica di esercitarli (2).

390. Il terzo possessore non è dunque obbligato personalmente, e, per la condizione sua, non può esserlo: ma è in relazione col titolare dell'onere ipotecario gravante la cosa ch'egli ha acquistato, perchè alla sua proprietà inerisce il diritto al valore già alienato per via della sicurtà reale: e il creditore ha diritto di agire contro di lui, non qual obbligato, ma come proprietario della cosa, dal cui valore (che sarà determinato con la procedura di liquidazione) toglierà quella parte dedotta nel suo rapporto di garanzia. Sul qual modo di esistere e di contenersi dei due diritti, la proprietà cioè del terzo possessore ed il diritto reale del creditore ipotecario, non occorre d'insistere nuovamente, bastando la costruzion già fatta: soltanto è da por mente a ciò: che se lo scopo di garentire è ragion dell'onere ipotecario costituito, come il proprietario contro al quale l'ipoteca venne inscritta ha diritto di opporsi a che il creditore ipotecario eserciti il suo potere in eccesso di tal fine, fuori cioè dei limiti giuridici che lo contengono, così egual diritto ha il terzo possessore; l'ipoteca segue la cosa onerata coi trasferimenti che la concernono, ma la segue secondo la sua legge di esistenza, la sua ragion di origine ch'è la sicurtà.

---

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. e l. cit.; LAURENT, op. cit., XXXI, 427; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX. 169*bis*; XXVI; PONT, op. cit., l. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2339; DALMBERT, op. cit., 93 e segg.

(2) Facendone speciale applicazione alla risoluzion della vendita per via del riscatto, pensano che la condizione risolutiva avvenuta estingua ogni effetto della purga, LAURENT, op. cit., XXXI, 427; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2344 e segg.; cfr. COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 169*bis*, XXVII. Ben s'avverte, che la possibilità della risoluzione non toglie all'acquirente il diritto attuale suo come terzo possessore; e che della risoluzione seguita i creditori che accettano la purga non hanno interesse a valersi, e non lo ha il venditore, perchè il diritto di procedere alla purga è dato all'acquirente dalla legge (sebbene l'offerta fatta dopo la trascrizione della domanda di risoluzione non impegni più l'instante, il quale asserisce così il suo diritto sulla cosa, e la trascrizione vale qui come riserva). Ma le ipoteche non s'estinguono (cfr. Cass. fr. 32, ag. 1871, in *J. du Pal.* 1871, 378) quando sia operativa d'effetto la surrogazione legale nel credito ipotecario a favor del terzo, il cui acquisto cessò per la risoluzione seguita.

Digitized by Google

Per questa via, lo stato del terzo costituente l'ipoteca pel debito altrui s' incontra dunque con la condizion giuridica del terzo possessore (1). Il quale (come titolare della cosa onerata a fin di garanzia) ha poter di opporre al titolare dell'onere le eccezioni minaccianti l'esistenza o la validità del suo diritto, e quelle che il suo autore od il debitore personale avrebbero potuto opporgli, purchè non personali a loro, e riferentisi al rapporto in ragion del fine di garantire (2); ciò come regola, che la legge poi esplica coordinandola alla trascrizione qual modo ordinario di fissare l' avvenuto acquisto, disponendo, che il diritto or descritto spetti al terzo possessore s'egli non sia stato parte del giudizio in cui venne pronunciata la sentenza di condanna (ben potendo allora valersene nel procedimento che s'è chiuso anche contro di lui), e purchè in ogni caso la condanna stessa non sia anteriore alla trascrizion del suo atto; se fosse anteriore, siccome il suo diritto sulla cosa è fissato rimpetto ai terzi dalla trascrizione, egli di fronte a loro non ha interesse legittimo a valersi delle eccezioni spettanti al debitore, la cui posizione era già determinata prima della trascrizione per via della condanna (3). Ma, se alla fissazion del titolo non occorresse la trascrizione, l'effetto che questa esercita nell'ordinamento or descritto si dovrà riferire alla data dell'acquisto; ed è parimente certo, che se le eccezioni spettanti al debitore fossero tali da poter essere

(1) Nel senso, che il diritto di cui è titolare il terzo (sia egli terzo costituente l' ipoteca pel debito altrui, o terzo possessore) esiste con l'onere infissovi del pegno; ed egli è tenuto a sopportare l'azione del creditore ipotecario, non per *obbligo personale* che abbia, bensì qual soggetto del diritto da cui il creditore può dedurre la parte dell'oggetto equivalente al valore alienatogli per via del pegno. S'intende, data questa posizione, come gli effetti debbano variare a seconda dell' intervento del titolare nella costituzion del diritto di pegno; il terzo possessore rimastovi estraneo, ha facoltà che al terzo costituente l' ipoteca pel debito altrui non competono: e la limitazione non deriva dall' estendersi al terzo costituente la ragion personale garantita, ma dal suo concorso alla creazion della garanzia. Questo è il solo elemento, per cui la figura del terzo costituente e quella del terzo possessore si differenziano.

(2) C. civ., a. 2015: e s'intende. Le eccezioni, nella loro realità, impegnano qui il diritto del creditore al *valore*: e siccome il *valore* dedotto nell' obbligazione è identico di quello ch'entra nel rapporto di garanzia (non occorre perciò di costruire sull'*accessorietà* dell' ipoteca rimpetto al credito garantito), il titolare tenuto a sopportare l'azion del creditore sulla cosa, può obbiettargli la carenza del diritto al valore ch'egli pretende in quanto specializzato nella *cosa* onerata.

(3) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

opposte dopo la condanna, il terzo possessore avrà diritto di valersene: la sentenza non potè infatti deciderle, e rispetto ad esse non venne così determinata la posizion del debitore (1).

391. Che non possa opporre il beneficio di escussione s'intende senza disputa (2); la realità del diritto esercitato dal creditore ipotecario, investe direttamente la cosa dov'è contenuto il valore ch'egli pretende, e però (se non esistesse patto contrario), quell'eccezione non è compatibile con tal carattere; che, nel caso non possa egli conservar sulla cosa il rapporto acquistato, non abbia il diritto di *ritenzione* pei miglioramenti che vi avesse fatto, e che gli fossero dovuti (3), ben si giustifica: il diritto reale del creditore investe la cosa com'è, e sarebbe ingiusto sospendere per via della ritenzione una procedura, che, diretta alla liquidazione, è perciò vôlta a ridurre l'oggetto in valore anche nell'interesse del terzo, che verrà così soddisfatto del suo credito per le migliorìe; d'altra parte, potrebbe dubitarsi che in lui sia quella buona fede che alla ritenzione occorre.

Ma che abbia diritto d'opporre le eccezioni a lui derivanti dall'obbligazion di garantire che il creditore ipotecario si fosse assunto verso di lui, non è neppur questione, a ragion del patto (4); e, nonostante che quest'avviso sia fieramente avversato (5), non pare si possa efficacemente contendere al terzo di valersi del beneficio *cedendarum actionum* (6). E la costruzion che glielo consente, può

(1) C. civ., a. cit.

(2) Cons. in particolar modo pel terzo costituente l'ipoteca pel debito altrui (pel terzo possessore la legge francese ha un ordinamento speciale, C. civ., a. 2170), Colmet de Santerre, op. cit., IX, 151 *bis*, XI; Pont, op. cit., II, 1163; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2147. Ma cfr. Aubry et Rau, op. cit., III, § 287.

(3) C. civ., a. 2020. Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, 121 § 207; Laurent, op. cit., XXXI, 309; Troplong, op. cit., III, 836; Pont, op. cit., II; Thézard, op. cit., 170; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2171; André, op. cit. 998.

(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit. e loc. cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 264; Troplong, op. cit., III, 806; Pont, op. cit., II, 1167; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2165; André, op. cit., 995.

(5) Così Aubry et Rau, op. e l. cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 267; Pont, op. cit., II, 1668; Thézard, op. cit., 170; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2168; André, op. cit., 997; Larombière, op. cit. s. l'art. 1251, n. 5.

(6) In questo senso, v. specialmente Battur, op. cit., III, 509; Troplong, op. cit., III, 789 *bis*.

Digitized by Google

procedere dalla ricerca esposta sulla natura dell' onere ipotecario, e la causa dell'esser suo: lo scopo della garanzia, anche dove il carattere dell'esecuzione reale par che prevalga sulla struttura giuridica del rapporto, si rivela, e segna all'esercizio del diritto quei limiti ch' esso gl'impone come legge di sua origine. Il creditore ipotecario non può nè deve ignorare che l'esercizio dell'onere costituito a fin di garanzia dà al terzo possessore, la cui proprietà lo sopporta, il diritto di rivalsa derivante dalla sicurtà costituita per altri; vero, ch'egli non ha obbligato a ciò la cosa, ma vero del pari, che l'onere insito nella cosa sua è a fin di sicurtà, e della rivalsa egli ha diritto di valersi non qual costituente della garanzia reale, ma come titolare di cosa sopportante l' onere che la contiene; trae cioè tal diritto dalla stessa condizion sua di terzo possessore. E argomentando da questo presupposto, s'intende che il creditore non può nell'esercizio del poter suo operare in modo che questo diritto di rivalsa sia menomato pel fatto suo al terzo possessore, facendolo uscire dai confini del rapporto costituito a scopo di garanzia; e in corrispondenza a tal dovere, sta pel terzo possessore il beneficio *cedendarum actionum.*

392. La qual rivalsa, a parte l'azion di *garantia* ch'egli ha contro il suo autore nel caso che non abbia voluto o potuto conservare la cosa onerata, esercita in due modi: contro il debitore con la *surrogazione*, della quale si dirà ricercando gli effetti del pagamento fatto a fin di liberare la cosa, e che obbliga il debitore verso il terzo possessore secondo il modo e i termini in cui venne operato il soddisfacimento del credito ipotecario (1); e per via di surrogazione ipotecaria, contro i terzi possessori di cose pur ipotecate pel medesimo credito per cui s'è proceduto esecutivamente sulla cosa sua(2). Surrogazion questa che ha lo stesso fondamento di quella spettante al creditore ipotecario di grado inferiore rimasto perdente (3), e già descritta, cioè il divieto di atti emulativi, ed il pericolo di collusione tra il creditore ipotecario e gli altri terzi possessori che avessero acquistate altre cose ipotecate pel medesimo credito; ma qui entra pure nell'entità dell'istituto il concetto di *soddisfacimento* del-

(1) C. civ., a. 2022.
(2) C. civ., a. cit.
(3) C. civ., a. 2011.

Digitized by Google

l'onere ipotecario, perchè il titolare ebbe il valore che v'era dedotto, *liquidando* la cosa, la proprietà del terzo possessore, che a tal fine dovette perdere il suo diritto; onde il subingresso suo nelle ragioni del creditore ipotecario e delle garanzie reali che vi si riferivano, in quella misura per cui la perdita ch'egli sopportò concorse al soddisfacimento dell'ipoteca che onerava la cosa liquidata, e corrispondente all'*indennità* cui avrebbe diritto contro il proprio autore (1). Ma tal subingresso gli è conceduto secondo la stessa ragion di equità che lo determina, e perciò giusta il *grado* dei terzi possessori misurato per via del *tempo* in cui è fissato il rispettivo acquisto della cosa onerata; cosicchè (fatta eccezion per gli atti al cui riguardo non occorre la trascrizione), gli spetta contro i terzi possessori che abbiano trascritto posteriormente al tempo in cui egli fece trascrivere il proprio titolo: contro cioè, quei terzi che abbiano acquistato posteriormente a lui. Col quale ordinamento si è esteso al subingresso dei terzi possessori lo stesso criterio di concessione ordinato pei creditori ipotecari: il tempo d'acquisto del diritto, che fissa tra i terzi possessori la condizione che in tal qualità ognuno ha rimpetto agli altri, ed i diritti (tra cui il subingresso or descritto) concorrenti a comporla.

393. Che se il terzo possessore non abbia eccezion veruna da opporre, nè propria, nè derivante dal suo autore o dal debitore (purchè non personale), il potere sulla cosa onerata può essere esercitato dal titolare in tutta la pienezza di cui è capace: ed al terzo possessore, quando voglia evitare la liquidazione della cosa ch'è purgazion coatta del suo diritto di proprietà, non rimane che disinteressare il creditore. Al qual fine due modi gli son consentiti; uno, ch'è il mezzo naturale di soddisfare i diritti di credito, il *pagamento*, restringentesi qui, a ragion dell'onere al *valore* dovuto sulla cosa (dalla cosa, *obligatio rei*), perchè il diritto del creditore rimpetto al terzo possessore comprende soltanto quel valore inerente alla proprietà: onde per liberarla, non è tenuto a dar più di quanto è contenuto nell'onere. L'altro mezzo, tutto speciale all'ordinamento ipotecario, consiste nell'offrire al creditore ipotecario il *valor* della cosa, ed è modo legittimo di disinteressarlo, perchè egli, soltanto su questo valore ha diritto, e non più; differisce dall'altro, offrendosi per

(1) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

esso al creditore l'*oggetto* proprio del suo rapporto di sicurtà reale, senza che a determinarlo abbisogni la liquidazione, mentre l'offerta di pagamento contiene il valor dell'onere gravante la cosa.

Quando di nessuno di questi due mezzi voglia valersi il terzo possessore, il creditore ipotecario provvede col giudizio di esecuzion reale a trasformare la cosa nel suo valore: ma ancor qui, il terzo, in virtù della condizione sua, qual possessore cioè di cosa gravata d'obbligazione (*obligatio rei*), ha diritto di liberarsi da tal procedura (non dall'*obbligazione*, che non lo tocca), per via dell'*abbandono*. E di tali facoltà che gli spettano, ed or accennate nelle lor linee generali, si dirà separatamente.

§ 8. *Cont.*

B) *Pagamento.*

SOMMARIO. — **394-395**. Cosa contiene. Entro qual termine può esser fatto. Capacità occorrente. Effetti: rispetto al creditore ipotecario. — **396-400** *bis*. Rispetto all'autore del terzo.

394. Al pagamento, qual modo di liberare dall'ipoteca la cosa onerata, s'è già accennato (1), osservando ch'è il mezzo naturale di soddisfare il diritto del creditore: il quale non può rifiutarsi di ricevere il *suo*, intendendo per *suo* ciò ch'egli può pretendere, non dall'obbligato, bensì *sulla cosa*, restringendosi alla quantità dell'onere il diritto ch'egli ha rimpetto al terzo possessore. Contro al quale esercita non il potere che gli vien dal credito garantito, bensì da quello che ha per via dell'onere reale, e quindi il contenuto della sua pretesa non può eccedere da quanto è legittimamente in tal gravame: da quanto è cioè dedotto nell'iscrizione fissante il rapporto sulla cosa; e però s'intende, che gli accessorî, e in ispecie gli interessi, entrano nella pretesa in quella sola entità risultante dal modo con cui vennero fissati qual obbligazione della cosa (2).

---

(1) V. il § preced.

(2) Gli accessori (interessi, spese) del credito, son dovuti in quanto concorrono a costituire il valore *ipotecariamente* dovuto: perchè la ragion dell'*onere reale* come impone al terzo di sopportare l'azion del creditore nella cosa ch'egli ha, così determina rimpetto a lui l'estensione di questo diritto. Cons. AUBRY et Rau,

Digitized by Google

Ora, se il pagamento comprende così tutto il *valore* che per via dell'iscrizione (eccezion fatta pel caso di riduzione) è dovuto sulla cosa al creditore ipotecario, certo è che questo non ha interesse alcuno a rifiutarlo; e quando lo rifiutasse escirebbe dai termini del diritto suo in confronto del terzo possessore, che ben può procedere all'offerta del valore insito nell'ipoteca gravante la proprietà ch'egli intende di liberare. L'offerta cui il terzo procede nei modi voluti dalla legge (1), vieta al creditore ipotecario di agire per via di esecuzione reale sulla cosa onerata: se l'avesse di già iniziata gl'impedisce di continuarla, perchè fino al momento in cui la liquidazione sia finita con la vendita, il terzo possessore può dare col pagamento, od esibire con l'offerta, il valore che per via dell'esecuzion reale il creditore vuol trarre dalla cosa onerata (2). Che se nonostante l'offerta venisse iniziata la liquidazione, o continuata quella di già incominciata, il terzo non ne avrà pregiudizio veruno rispetto al diritto suo sulla cosa; ed il creditore procedente dovrà rispondere dell'illeceità del suo atto verso qualunque persona ne abbia risentito ingiuria.

395. Della capacità necessaria affinchè al pagamento od all'offerta di pagamento possa addivenire il terzo, che per essere proprietario ha legittimo interesse a non perdere il suo diritto di proprietà, e quindi a liberarlo dall'onere, non occorre dar qui notizia speciale: è la capacità generale occorrente per tale atto: cosicchè, se il terzo non l'avesse, le persone che ne curano il patrimonio, e che con le garanzie tutelari statuite a favor dell'incapace possono pagare, od offrir di pagare per esso, hanno diritto di procedervi a fin di liberare dall'ipoteca le cose spettanti all'incapace che rappresentano.

396. Gli effetti del pagamento (o dell'offerta) cui il terzo possessore abbia proceduto, deducendovi la quantità del *valore* spettante sulla cosa al creditore ipotecario, s'inferiscono nettamente dalle notizie esposte; la cosa riman liberata secondo l'interesse legittimo suo, e quindi il diritto reale del creditore s'estingue. Che possa rima-

---

op. cit., III, § 287; Laurent, op. cit., XXXI, 274; Troplong, op. cit., III, 788; Pont, op. cit., II, 1132; Thézard, op. cit., 173; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2174.

(1) Cass. fr. 12 maggio 1852 (*J. du Pal.* 1852, 720).

(2) Arg. C. civ., a. 2018.

Digitized by Google

nergli ancora un diritto di credito verso l'obbligato, s'intende, potendo avvenire che non tutto il valor del suo credito sia stato dedotto nell'ipoteca; ma questa pretesa non altera in modo alcuno i suoi rapporti col terzo possessore, il quale ha diritto di offrirgli soltanto ciò ch' entra nell' onere ipotecario onde la sua proprietà è gravata. E, in applicazion di ciò, potrebbe occorrere che nel caso d' ipoteca concessa per un credito non determinato, i termini occorrenti a determinarla siano stati fissati col debitore: ora, avvenendo contestazione rispetto alla quantità offerta in pagamento, par che il creditore ipotecario non possa alterare la determinazion seguìta (p. es. con assestamento di conto), aggiungendovi elementi nuovi, perchè in rapporto al terzo la quantità dell'onere gravante la cosa risulta dalla fissazione che gli interessati abbian fatto del credito garantito, od avvenuta per via di sentenza. Ma tal decisione non può essere sempre tenuta senza grave pericolo alla garanzia reale; e se contro il terzo non si possono addurre nuovi elementi di liquidazione oltre ai fissati, bisogna chiarire la decisione, aggiungendo, che siccome l' onere contiene il valore ch' effettivamente risulterà dall' assestamento, vien di necessità nell' onere ogni termine che, sebben dimenticato nella liquidazione già seguìta, pur doveva entrarvi: e ciò sia dimostrato contro lo stesso obbligato (1).

397. Al terzo possessore derivano in conseguenza del pagamento (2) due condizioni giuridiche distinte, secondo si consideri la ragion sua in dipendenza dell'acquisto, o dell'aver soddisfatto il credito altrui; se lo si esamina nel primo di questi due aspetti, a lui, come acquirente, spetta contro l' alienante il diritto di garantia, giusta la natura del negozio d'alienazione, e le clausole speciali che vi dànno regola o aggravandola ed esigendola dove la legge non l'ordina, o ristringendola o togliendola; le norme generali sull' obbligazion di garantire reggono questi rapporti derivanti dal pagamento, necessario a fin di evitare l' azione vittoriosa del creditore ipotecario (3). E neppur è il caso di osservare, che l'ipoteca, pur essendo nota per via dell' iscrizione ben dà origine a garantìa: riferendosi essa alla

(1) Cass. fr. 26 febbr. 1861 (*J. du P.* 1861, 1865.

(2) C. civ., a. 2022. A ragion del pericolo, l'azion di garantia può essere promossa anche in seguito all' intimazione del precetto. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2218.

(3) V. la n. preced. C. civ., a. 1496.

Digitized by Google

sicurtà di un'obbligazione, si presume che l'alienante, s' egli è il debitore, la soddisfi come deve, e s'è terzo concedente l'ipoteca pel debito altrui si presume ch'egli, fiducioso nella puntualità dell'obbligato, assicuri l'acquirente che questo pagherà il suo debito, e toglierà così l'onere gravante la cosa alienata.

Per il che, sebben l' onere sia apparente, lo scopo economico-giuridico di sua esistenza, non toglie all' acquirente l'azion di garantia; e se dall'obbligazione di prestarla l'alienante fosse al tutto liberato, i termini generici in cui la clausola fosse espressa non si estendono a questo caso speciale, in cui l'alienazion di valore ch'è nell'ipoteca è condizionata all'inadempimento di un'obbligazione; non pare sia voler delle parti che l'acquirente debba sopportare le conseguenze del fatto altrui, diminuenti il diritto acquistato. E quando espressamente la liberazion dell'obbligo di garantire fosse esteso anche ai gravami ipotecari, converrà distinguere secondo l'ordinamento dato alla garanzia: perchè debitore è lo stesso alienante, la clausola liberatoria non terrà, non potendo egli col fatto suo (e tale sarebbe il mancato soddisfacimento dell'obbligazion che lo concerne) alterare il diritto che ha conceduto (1); produrrà invece tutta la sua virtù, quando dell'obbligazione garantita altri fosse debitore.

Questa liberazion dall'obbligo di garantire, può anche derivare dall'entità speciale del negozio di alienazione; la legge l'ordina, eccezion fatta di alcuni casi, per gli acquisti a titolo di liberalità: e secondo la ragion che la giustifica, l'esclusione della garantia vale per qualunque causa, anche per questa della sicurtà ipotecaria: come nei casi in cui eccezionalmente è ordinata, anche all'ipoteca deve estendersi, rientrandosi allora nei termini generali della garantia dovuta dall'alienante (2).

398. Ma oltre quest'azione spettante al terzo nella sua qualità di acquirente contro il suo autore, derivante dal negozio di alienazione secondo la volontà che domina nel costituirlo, gli spetta pure la *surrogazione* in qualità di pagante il debito altrui: e che può avvenire per convenzione apposta, o soltanto per via di legge. E

(1) C. civ., a. 1487.

(2) C. civ., a. 1075. S'intende per l'applicazione or fatta delle norme sull'obbligo di garantire, che gli effetti dell'azione son quelli designati nella legge (C. civ. a. 1486), se altrimenti non sia stato pattuito dagli interessati. Cass. fr., 20 ott. 1897 (*J. du Pal.* 1897, 10 nov.).

Digitized by Google

per l'identità del fine economico, manifestantesi in due istituti diversi (vôlti ad impedire che, senza il voler suo manifesto, l'acquirente debba sopportare gli effetti dell' obbligazione altrui rimasta inadempita) questi possono concorrere in modo da ottener con uno quel che, giusta il suo diritto, l'acquirente non potè ottenere con l'altro; ch' è pure il criterio determinante il rapporto tra i due mezzi, quando esiste la clausola di liberazion dalla garanzia. Perchè, se l'alienante è lo stesso obbligato la clausola toglierà la surrogazione nei termini stessi in cui vale per l'obbligazion di garantire; e se l'alienante concedette l'ipoteca pel diritto altrui, la sua liberazione dalla garantia lascia intatta la surrogazione, che, per via del pagamento, spetta al terzo contro il debitore.

399. Del contenuto della surrogazione s' è già detto ponendo il concetto generale, che per essa il pagante ha diritto a chiedere al debitore quanto è stato pagato per ottenerla (1). E la questione non può essere qui discussa se non incidentalmente: basterà osservare, che nonostante nella surrogazione (avvenga per via di patto odi legge) s' abbia una mutazion soggettiva nel rapporto esistente di obbligazione senza che questa rimanga punto alterata, siccome la ragion sua è nel pagamento, così questo fatto dovrà di necessità agire anche rispetto all'obbligato: è per esso difatti che la sostitutuzion soggettiva è seguita. E ciò, a differenza di quel che s' avverte nella cessione; qui, il soddisfacimento della pretesa del creditore fa subentrare il surrogato, il pagante, nel suo luogo, e però, siccome il debitore è tenuto verso il surrogato per via del pagamento, così l'obbligazion sua sarà in relazione al modo col quale avvenne questa causa della sostituzione, che mette in rapporto l'obbligato con un diverso creditore. Non muta dunque la relazion di credito, ma comporta un creditore diverso dall' antico, e s' adatta alla causa che potè legittimamente produrre tal mutazione: cosicchè, l'obbligato, se il surrogato pagò meno del dovuto, sarà debitore di quanto effettivamente venne pagato, dove non consti che il creditore intese colla

(1) Per effetto della surrogazione, il terzo si trova dovunque sostituito nel diritto di credito, come apparteneva al creditore soddisfatto: Demolombe, *Contr. et obl.* cit., IV, 524; Aubry et Rau, op. cit., V, 194 *bis* e *bis* III; Larombière, op. cit. s. l'al. 1251, nn. 25, 27. Ma sulle restrizioni in rapporto ai terzi possessori di altri stabili ipotecati pel medesimo credito, v. il § preced.; Cod. civ., a. 2020. Cons. Laurent, op. cit.. XVIII, 118 e segg.

Digitized by Google

rinuncia di far atto di liberalità al solo pagante, o che il rapporto induce altra figura dalla surrogazione: e se pagò oltre a quanto era dedotto originariamente nell'obbligazione, potrà a sua scelta pagare questa prestazione, oppure ciò che in realtà venne pagato, accettando così a sua volta la *datio in solutum* convenuta tra il pagante ed il creditore originario.

La questione è sorta pel pagamento fatto dal terzo possessore, dubitandosi se nel caso d'ipoteca consentita al credito fondiario, il terzo che avesse pagato l'istituto offrendo pel valor nominale cartelle ch'eran quotate in meno, fosse surrogato nel credito intero, oppure in proporzion del sacrifizio fatto in realtà: e s'accolse quest'ultimo avviso, facendo intervenire nella surrogazione il concetto della « *rappresentanza del debitore* » (1). Costruzione non corretta: meglio par che s'argomenti dal fatto giuridico del pagamento, come ragion di essere della mutazione che mette in rapporto il nuovo creditore col debitore originario.

400. La surrogazione or descritta, lasciando immutati i termini dell'obbligazione, non altera i rapporti di sicurtà costituiti a garantirla; perciò il terzo, qual creditore surrogato, potrà valersi delle altre ipoteche fissate a sicurtà del credito pel quale era pur ipotecata la sua cosa: ma come avvien del creditore ipotecario rimasto perdente, egli in qualità di terzo non potrà agire contro chi è come lui terzo possessore delle altre cose ipotecate, se il suo titolo non è anteriore. Del quale ordinamento s'è già detto (2): e se, diversamente da ciò che s'è deciso rispetto al creditore ipotecario rimasto perdente, la garanzia ipotecaria si mantiene a favor del terzo soltanto sulle cose ipotecate che al momento del suo acquisto siano ancora nel patrimonio dell'obbligato, la ragion della differenza è tutta nella qualità di terzo, nel suo titolo. Ch'è di acquisto: e perciò, rimpetto agli altri terzi che son tali per ugual titolo, il suo prevarrà quando sia anteriore; e la considerazion posta a giustificare la decisione, mostra che la restrizione non s'applica rimpetto a chi sia terzo possessore per acquisto dal terzo costituente l'ipoteca pel debito altrui (3).

---

(1) Cass. fr., 19 dic. 1876 (*J. du Pal.* 1877, 125).

(2) V. il § preced.

(3) Parrebbe che qui non domini interamente, come nel subingresso a favor del creditore ipotecario rimasto perdente, il pericolo della collusione, dell'atto emula-

Digitized by Google

400bis. Che il terzo possessore, debitore del prezzo dovuto in considerazion del suo acquisto, debba pagarlo ai creditori ipotecari che lo richieggono, nè possa liberarsi con l'abbandono della cosa gravata (1), s'è già detto: nè occorre aggiunger qui nuove dichiarazioni a quelle di già esposte.

§ 9. *Cont.*

C) *Purgazione.*

SOMMARIO. — **401**. Ragion dell'istituto, ch'è modo di liquidazione, e rende perciò inutile quella cui si possa giungere per via dell'esecuzion reale. Ordinamento della legge. — **402**. Chi può purgare; condizioni di capacità. — **403-405**. In qual termine si possa effettuare la purga. — **406-423**. Forma statuita per procedervi. Formalità precedenti l'offerta. Trascrizion del titolo. Iscrizione d'ipoteca. Questioni. Offerta. Notifica. Cosa si debba portar a conoscenza dei creditori iscritti. Titolo di acquisto; prezzo. Questioni sulla determinazion di esso. Stato delle iscrizioni. Offerta del pagamento. Questioni. — Chi deve far la notifica. A chi dev'esser fatta. Elementi che deve contenere. — **424-427**. Condizione dei creditori rispetto all' offerta notificata. Accettazione: modo e tempo

---

tivo; e si debba quindi pur tener conto della consistenza giuridica del patrimonio dell'alienante, come apparve al terzo acquirente della cosa ipotecata al momento del suo acquisto, rispetto alle possibili conseguenze derivanti a lui dall'azion possibile del creditore ipotecario. Pure, la ragion della *collusione* è ancor qui motivo sufficiente alla legge; e nei lavori preparatori cit. (Relaz. PISANELLI sul prog. di C. civ., nn. 92, 93) vien equiparato nel subingresso il terzo al creditore ipotecario perdente, considerando che il terzo avrebbe il suo diritto fissato per via della *trascrizione*, come avviene al creditore dall'iscrizione. Senonchè l'equiparazione non dev'essere condotta così da confondere più che agguagliare il contenuto di rapporti giuridici ben distinti, quali sono quelli di *creditore ipotecario* e di *terzo possessore;* altrimenti converrebbe dire, che il diritto dei terzi rispetto agli immobili ipotecati pel medesimo credito vien considerato come consistente sul *valore*, in modo che la ragion ipotecaria in cui il terzo subingredisce debba cedere di fronte agli anteriori diritti di acquisto, considerati quali rapporti costituiti sul valore dell'oggetto. E così non è, ed alla dichiarazion della legge è bastevole il motivo della possibile *collusione*, dell'atto *emulativo;* sebbene la condizione di *terzi* abbia poi determinata la restrizion descritta. Allo scorretto eccesso nell'equiparazione avvertita, è dovuta la dottrina, che coordinando l'art. 2010 al 2022 del C. civ. nega l'estensione del subingresso al creditore ipotecario sugl'immobili ipotecati ma esciti dal patrimonio del debitore prima della costituzion del suo credito. Cons. MATTIROLO, op. cit., VI, 576.

(1) Arg. dalla n. preced.: qui il terzo deduce il suo diritto dalla condizion giuridica del suo autore, nel cui rapporto domina il concetto di « *garanzia realmente prestata* ».

Digitized by Google

di farla. — **428-441.** Rifiuto: garanzia data all'offerente per via della proposta di sovrincanto. Chi possa promovere il sovrincanto. Capacità occorrente: caso in cui fossero più i creditori. Forma di effettuare la proposta: elementi che deve contenere. Questioni. Procedura. Conseguenze rimpetto al terzo possessore: s'egli possa fermarla cambiando l'offerta. Conseguenze rimpetto agli altri creditori; se il creditore che fece l'instanza possa fermarla. Conseguenze dell'incanto avvenuto. *Quid* se il terzo acquirente s'è reso deliberatario? Natura del suo titolo. Ragioni sue di garanzia e di surrogazione. *Quid* se aggiudicatario s'è reso un terzo? Rapporti col terzo possessore espropriato. Obbligazion sua di rendere i frutti. Obbligazion sua pei deterioramenti dati alla cosa. Diritto al rimborso pei miglioramenti. Effetti in rapporto al titolare.

401. Mentre col pagamento, o con l'offerta di pagamento valevolmente fatta (1), il terzo possessore disinteressa il creditore ipotecario togliendogli insieme al rapporto di credito la ragion ipotecaria vôlta a garantirlo, col beneficio di purgar le ipoteche che gli è concesso dalla legge (2) lo disinteressa dal ricorrere alla procedura di esecuzion reale per liquidare la cosa. E s'è già osservata nella sua generalità questa relazion che corre tra il pagamento e la purga (3); che vien resa ancor più plasticamente coordinandola nei due concetti di *garanzia* e di *esecuzion reale* concorrenti nel contenuto dell'ipoteca, e riferendo al primo il pagamento: perchè soddisfatto che sia il creditore della sua ragion di credito, vien meno di necessità per lui la ragion ipotecaria (che pel terzo possessore cessa per via della confusione); e riferendo poi la purga al secondo elemento all'esecuzion reale, che, nulla mutando dei due rapporti riunentisi nel creditore, gli presenta, gli offre, nella sua qualità di acquirente del valor della cosa, questo valore ch'è appunto oggetto del suo diritto reale. Cosicchè, il pagamento disinteressa il creditore come titolare del rapporto personale di credito, e la purga lo disinteressa come titolare del rapporto reale di sicurtà.

Chi purga, offre dunque il valor della cosa. Ma ben potrebbe avvenire che l'offerta non corrisponda in realtà al valor vero della cosa onerata, presentando come valor della cosa un valore inferiore al reale, un oggetto diverso per la quantità da quello che si potrebbe ottenere per via della liquidazione, e su cui il creditore concorre per averne ciò ch'è stato dedotto nel suo acquisto; perciò la legge nel

(1) V. il pres. cap. in pr.
(2) C. civ., a. 2040.
(3) V. la n. preced.

Digitized by Google

suo ordinamento concilia l'interesse del terzo possessore offerente, a quello del creditore, in modo ch'entrambi son curati, nè alcuno ha pregiudizio da ingiusta prevalenza data all'altro. Il terzo offre, ed il creditore ipotecario non è obbligato ad accoglier l'offerta: così, l'interesse del creditore non soggiace all'interesse del terzo; ma non accogliendola, deve mostrare che il rifiuto non dipende da mal volere, da puntiglio di far atto emulativo, e a fin di togliere tal pericolo, gli è imposto l'obbligo di aggiungere al rifiuto l'offerta di sovrincanto provocando la procedura di liquidazion giudiziale: in tal modo l'interesse del terzo è difeso contro la possibilità d'ingiusto dissenso del creditore ipotecario, il cui interesse vien tenuto in tali limiti che la condizion del terzo non ne ha offesa.

Son queste le linee generali dell'ordinamento legale sull'istituto: ed ai criteri or esposti s'informano, e si rannodano come a centro onde diramino ed a cui tornino, i provvedimenti speciali governanti la *purga,* qual modo di liberazion dall'onere ipotecario con l'accertamento convenzionale del valor della cosa, per cui si previene e si rende inutile l'esperimento della liquidazione giudiziale. Contenuto suo è la surrogazione del *valore* attribuito alla cosa onerata, alla *cosa stessa,* sebben qui la *sostituzione* differisca assai da quella che occorse già di esaminare: volta com'è alla liquidazione, si riferisce all' esercizio del diritto ipotecario, mentre la surrogazione oggettiva propriamente detta (surrog. ipotecaria) opera lasciando intatto il rapporto reale costituito.

402. S'è ora rilevato nella purgazione, qual accertamento del valore della cosa onerata, il carattere di convenzionale; e giustamente, risultando esso per via dell'*offerta* o *proposta di purgazione,* cui deve corrispondere l'*accettazione* dei creditori ipotecari; il *rifiuto* elimina la procedura della purga, e inizia col sovrincanto la liquidazione giudiziale. La proposta contien l'offerta che il terzo possessore fa col porre a disposizione dei creditori ipotecari il valor della cosa, com' è determinato dal prezzo convenuto nel titolo di acquisto, e in difetto, dalla somma ch'egli dichiara corrispondere al valor effettivo. S'egli ebbe la cosa per via di titolo oneroso, l'onere, risultante dal prezzo, o determinato in valore, mostra la stima che nel titolo s'è fatta della cosa onerata; se l' ebbe per titolo gratuito, spetta a lui, a ragion dell'istituto, d'indicar la somma che gli parrà convenire al valor della cosa, e se il titolo è gratuito sì, ma *cum*

Digitized by Google

onere, dovrà aggiungervi il valore riferentesi a tal peso, purchè questo non sia soltanto condizione determinante la liberalità. Del che in seguito: qui basti aver designato il contenuto generico dell'*offerta* di purgazione.

La qual offerta, come termine d'un negozio convenzionale, dà modo di definir la *capacità* occorrente a farla, e ch'è, non quella occorrente a pagare ma a potersi valevolmente obbligar a pagare(1): il negozio che si vuol conchiudere è l'accertamento del valor della cosa, e quando si sia d'accordo nel determinarla, l'offerente ha obbligo di pagarlo ai creditori che dall'offerta non hanno dissentito. Par quindi che il minore incapace non possa far quest'atto (offerta) senza l'intervento del tutore, o l'assistenza del curatore, eccedendo essa, pel vincolo che ne deriva al patrimonio, la semplice amministrazione(2), specialmente se, per la natura del titolo, l'offerente debba determinare il valore che gli paia corrispondere a quel che realmente è nella cosa (3): nè la donna maritata potrà procedervi senza l'autorizzazione (4); e quantunque sembri che la ragion dell'atto sia l'intendimento di conservare la cosa acquistata al minore, il tutore non potrà far l'offerta senza l'avviso del consiglio di famiglia, a causa dell'obbligo che impone all'amministrato verso i creditori ipotecari. Per via della purga, il terzo possessore, non obbligato personalmente prima dell'offerta, s'*obbliga* a pagare il valor dichiarato, ed accettato, assumendosi così, entro i termini del negozio fissato un obbligo personale (5); nè rileva se la legge impone all'acquirente debitore del prezzo, di pagarlo ai creditori ipotecari i quali gliene faccian richiesta (6), non derivando quest'obbligo da rapporto personale tra lui ed i creditori, bensì dall'entità del negozio

(1) Questo è il contenuto dell'offerta: il terzo possessore non è obbligato personalmente al pagamento del debito garantito, ma egli *s'obbliga* a pagare ai creditori la somma che offre, qual valore della liquidazione convenzionale proposta. La convenzione, l'obbligo suo personale, si riferiscono cioè alla procedura della purga.

(2) Cons. Mattirolo, op. cit., VI, 597; Laurent, op. cit., XXXI, 478; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2362. Cfr. Troplong, op. cit., IV, 923.

(3) Ond'è, che s'è proposto di ritenere l'offerta qual atto eccedente la semplice amministrazione, nel caso di acquisto a titolo gratuito. Cons. Grenier, op. cit., II, 459.

(4) V. gli Aut. cit. nella n. 2.

(5) V. la n. 1. Cons. Mattirolo, op. e l. cit.

(6) C. civ., a. 2023.

Digitized by Google

bilaterale: che, se toglie all'acquirente il diritto d'abbandono, gli lascia il beneficio della purgazione (1).

403. L'offerta dunque, toglie ai creditori cui è fatta la libertà ampia consentita dal diritto reale di procedere all'esecuzion giudiziale sulla cosa onerata; la possibilità che la purga ne soddisfi i giusti interessi, indusse la legge ad obbligarli a discutere la proposta, e a non respingerla senza quei giusti motivi che appariscono, e sono accertati col fatto della domanda di vendita con aumento sul prezzo offerto. A causa di questa limitazione al diritto di esecuzion reale che deriva al creditore dall'entità stessa del rapporto ipotecario, il terzo possessore ha obbligo di far l'offerta entro i termini stabiliti dalla legge, e perentoriamente fissati, così da decorrere sempre, qualunque sia la condizion della persona interessata (2); la proroga, o qualunque altra sospensione, renderebbe la limitazione più onerosa, e quindi più ingiusta, imponendo al creditore un ritardo non legittimo nell'esercizio del suo diritto, vôlto ad ottenere sul valore alienato il soddisfacimento del suo credito.

E appunto in relazione a tal riguardo verso il creditore, la legge fissando il termine utile per procedere all'offerta di purga, distingue, secondo sia stata *preparata* (3) l'esecuzione reale per via del precetto immobiliare notificato al terzo, o no; l'inizio vero, l'apertura propria della liquidazione, incomincia soltanto con la trascrizion di quest'atto. Se non vi è notificazione di precetto, la purga non limita in modo eccessivo il diritto dei creditori iscritti, che coll'inazion loro si mostrano non solleciti di procedere a liquidar la cosa, e perciò s'intende la facoltà del terzo di procedere all'offerta quando gli paia conveniente di farlo; se invece v'è stata la notificazione, il creditore mostra col fatto l'intendimento suo di esercitare il diritto che gli spetta, e il termine per l'offerta vien ristretto, chè altrimenti potrebbe involgere

(1) V. le nozioni generali sulla condizione del terzo possessore, in q. cap. in pr. S'è detto, che l'essersi il terzo nell'atto di acquisto assunto l'obbligo verso l'alienante di pagare i creditori iscritti, induce l'*obbligazione personale* a suo carico; cfr. tuttavia, nel senso che quest'impegno *non ancora accettato dai creditori* non induca tale stato, e lasci quindi integro il diritto di purga, LAURENT, op. cit., XXXI, 431; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2359 e segg.; DALMBERT, op. cit., 108 *ter*.

(2) C. civ., a. 2047.

(3) C. civ., a. 2040.

Digitized by Google

l'ostacolo ingiusto or avvertito; perciò, entro venti giorni dalla notificazione (e come s'è osservato, questi termini non sono prorogabili) il creditore deve far trascrivere il suo titolo, se non l'avesse di già trascritto, ed entro quaranta giorni, computabili sempre dalla notificazione, deve procedere all'offerta (1).

Quale sia questo precetto, dalla cui notificazione comincia il decorso dei termini prescritti, la legge stessa dichiara: è l'intimazione speciale fatta al terzo possessore di pagare, non perchè sia egli personalmente tenuto al pagamento, ma a fin di togliere al creditore l'interesse giuridico che lo persuade ad agire: e se non voglia pagare, di abbandonar la cosa minacciata di esecuzione. Ogni altra avvertenza non vale; così, nulla importa rispetto al decorso dei termini, la notificazion del precetto fatta all'obbligato, sebbene, come si dirà in seguito, il precetto contro il terzo non tenga se prima non sia intimato al debitore il precetto di pagare (2); e nulla pur fa che al terzo possessore sia stata fatta l'intimazion di purgare (3), non consistendo in ciò il contenuto del precetto che particolarmente lo concerne. A lui l'intimazione è rivolta qual terzo possessore, qual titolare del diritto colpito dalla liquidazione, a fin di purgarlo dell'onere ipotecario che v'inerisce: e vien sollecitato così a provvedere, secondo la condizion sua rispetto alla cosa, col pagamento, che togliendo la ragion dell'onere impedisce la procedura di esecuzione, o coll'abbandono; qual terzo, egli è obbligato *ob rem*, e quindi la diffida che non pagando, o non abbandonando la cosa (perchè l'abbandono è modo di liberazione consentitogli dall'*obl. q. rem*) il giudizio di esecuzione sarà iniziato, e tenuto contro di lui.

È questo dunque un precetto speciale, che, riferendosi alla condizion del terzo possessore, contiene quelle intimazioni giuridicamente possibili secondo la sua qualità di persona obbligata soltanto per via della cosa che ha; il precetto gli è fatto come proprietario: e parrebbe ch'egli abbia quasi la rappresentanza della cosa obbligata, (*obligatio rei*), se non fosse più vero il costruire non su questo

(1) C. civ., a. cit.

(2) C. civ., a. 2041, 2014.

(3) Cons. Mattirolo, op. cit., l. cit.; Aubry et Rau, op. cit., III, § 294; Laurent, op. cit., XXXI, 417; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 172bis II; Troplong, op. cit., IV, 916; Thézard, op. cit. 203; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2403.

Digitized by Google

concetto, cui l'entità della *cosa* ripugna, bensì sull'altro dell'onere inerente al diritto di cui il terzo è titolare. Perciò, l'offerta di purga ond' è limitato il poter di procedere al giudizio di esecuzione, dev'esser fatta entro il termine decorrente dal giorno in cui di tal esecuzione vien data minaccia al terzo possessore; ogni altra intimazione, dove non sia l' invito e la diffida speciale alla condizion del terzo, non sarebbe precetto valevole (1), e l' offerta di purga si dovrebbe considerare come fatta senza precedente notificazion di precetto (2).

404. Rispetto ai venti giorni, nei quali dev'essere trascritto il titolo, se non lo fosse di già, ed agli altri quaranta utili per l'offerta di purga, può sorger dubbio sul modo di computarli: e cioè sul momento iniziale del decorso, e sul finale, sul doversi tener calcolo, oppur no, del *dies a quo* e del *dies ad quem*. Disputa grave, ma che già si può risolvere secondo i concetti generali accolti dalla legge civile, e dall'ordinamento di procedura, intorno al computo del tempo, e giusta la lettera della norma speciale su questo punto: quelli insegnano che se per ordinario il *dies a quo* non è computato nel periodo di tempo lo è il *dies ad quem*, cosicchè il momento estremo dell'ultimo giorno segna la fine del periodo; la disposizione speciale dimostra poi nettamente che si volle mantener qui tal regola, che cioè i venti giorni son *successivi* alla notificazion del precetto, e l'offerta di purga deve farsi nel termine di quaranta giorni *dopo* quest'atto (3).

405. Il termine or descritto, decorre dalla notifica del precetto al terzo; ma se più fossero i creditori ipotecari, e l'intimazione fosse fatta da uno di essi, l'effetto si produce anche in riguardo agli altri (4). L'atto minaccia la liquidazione, che, per la natura e lo scopo suo,

---

(1) V. la n. preced.

(2) V. la n. prec.

(3) Cons. MATTIROLO, op. cit., l. cit.; LAURENT, op. cit., XXXI, 261; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. III, 2403; DALMBERT, op. cit., 118*ter*. Cfr. TROPLONG, op. cit., III, 793.

(4) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 294; LAURENT, op. cit., XXXI, 417; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 172*bis*, III; TROPLONG, op. cit., III, 793; PONT, op. cit., II, 852; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOVNES, op. cit., III, 2403; ANDRÉ, op. cit., 1206; DALMBERT, op. cit., l. cit.

Digitized by Google

avvolge tutta la cosa, e deve perciò spiegare la sua virtù rispetto a chi lo fa ed agli altri creditori, i quali, sebbene non v'abbiano partecipato, son pure interessati all'esecuzione.

406. Fatta nel tempo idoneo, l'offerta è valida quando siano osservate le formalità ordinate pel suo compimento; e si posson distinguere, secondo concorrono alcuni atti che necessariamente debbono precederla, o gli atti che propriamente la comprendono.

Ai primi, vôlti a predisporre la liquidazione per via di purga, si riferiscono: *a)* la trascrizione del titolo di acquisto del terzo possessore, e *b)* l'iscrizion dell'ipoteca legale a garanzia del valore offerto. Qual sia la necessità della trascrizione, s'intende; la purga è diretta a determinare rimpetto ai creditori inscritti il valor della cosa, com'è offerto dal terzo, e quindi occorre che la condizion dell'offerente sulla cosa stessa sia fissata di fronte ai terzi, e la condizion dei creditori ipotecari sia pur fissata di fronte al terzo acquirente; così, con la trascrizione è tolta la possibilità che ipoteche nate contro l'alienante si possano iscrivere contro il successore, è accertata la quantità degli oneri ipotecari gravanti la cosa acquistata. Questa ragion della trascrizione risolve il dubbio intorno al sapere se l'acquirente debba trascrivere oltre il suo titolo, ancor quelli (purchè trascrivibili) riferentisi ai suoi autori: e, quando la prescrizion compiuta non renda inutile la trascrizione, non pare sia tal obbligo discutibile: la trascrizione del solo suo titolo non fissa in modo assoluto il diritto dell'acquirente, e riman perciò salvo ai creditori che avessero acquistato diritto ad ipoteca contro qualcuno dei suoi autori, il poter di costituire, iscrivendolo, l'onere di sicurtà reale (1).

L'obbligo or descritto si riferisce, secondo la natura della trascrizione, a quei soli titoli di acquisto per cui tal forma è richiesta, e per quelli, la cui virtù s'esplica indipendentemente da questo modo di fissazion del diritto, come avviene degli atti dichiarativi, il terzo non è in dovere di trascriverli: ed alla stessa guisa che l'obbligo cessa rispetto ai titoli pei quali la trascrizione non è imposta, cessa in riguardo a quelli per cui non è possibile, ripugnando all'entità

(1) V. Aubry et Rau, op. cit. II, § 209: III, § 294; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2394. Cons. e cfr. Pont, op. cit., II, 1292; Dalmbert, op. cit., 114.

Digitized by Google

giuridica loro il concetto di trasferimento (1). Così, se ragion dell'acquisto fosse la prescrizione, non si dovrà senz' altro decidere non poter il terzo offrire a fin di purga, mancando il titolo trascrivibile (2); che pendente la prescrizione il possessore non possa purgare, è certo, non avendo ancor acquistato la cosa posseduta; ma quando sia compita, è effettuato pienamente l'acquisto, che s'afferma rimpetto a chiunque senza bisogno di trascrizione. Vero, che, argomentando dalla sola lettera della legge, parrebbe non concesso il diritto di purgare all'offerente che non trascrive il titolo, onde la trascrizione sarebbe forma preliminare sempre necessaria ad iniziar la purga (3); cosicchè, se pur il titolo consistesse in atto d'ultima volontà, bisognerebbe effettuarla, e non avendosi titolo da poter trascrivere, non vi si potrebbe procedere: ma, in tal modo s'esagera, non correttamente, la disposizion della legge, che dev'essere intesa in rapporto all'istituto della trascrizione. Par chiaro difatti, ch'essendo il fine suo di fissare la condizion giuridica rispettiva del terzo possessore e dei creditori ipotecari, si debba compierlo con la trascrizione nei casi in cui è questa la forma necessaria a determinare l'acquisto; dove invece non occorre, e l'acquisto riman fissato senza di essa, il terzo possessore non è tenuto a trascrivere, e può del pari procedere alla purga.

407. La trascrizione si riferisce al *titolo* che direttamente ha determinato pel terzo possessore l'acquisto della cosa onerata; e il concetto posto così, dà la ragion di decidere nei casi dove può esser dubbio intorno il sapere qual titolo si debba trascrivere. S'è difatti disputato, se, avvenendo che il cessionario della quota di eredità, comprendente beni immobili soltanto, oppure immobili e mobili, diventi, per licitazione tenuta fra gli interessati, acquirente di un immobile intero, debba trascrivere anche il verbale di aggiudicazione, o se basti la trascrizion del titolo d'acquisto della quota; e quando si pensi, che la licitazione è divisione, è atto dichiarativo, anche rim-

(1) S'insegna il contrario, argomentando dalla lettera della legge; e si asserisce l'obbligo della trascrizione anche al legatario, non a fine di fissare il suo diritto, ma qual formalità preparatoria della purga. LAURENT, op. cit., XXXI, 441; TROPLONG, op. cit., IV, 903; PONT, op. cit., II, 1294; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2596; DALMBERT, op. cit., 112.

(2) Cons. DALMBERT, op. cit., 115 e 115 bis.

(3) V. la n. 1 a p. prec. in f.

Digitized by Google

petto a chi esercita la ragion patrimoniale ereditaria del suo autore, par certo che non si debba trascriverla (1), e sia sufficiente la trascrizion del titolo giustificante l' intervento e la condizion del cessionario nella procedura di divisione. Altrettanto si dovrà decidere, nel caso di chi avendo acquistato la parte indivisa di cosa immobile comune, l'abbia poi acquistata per intero nella licitazion seguìta per dividerla; identica è la ragione risolvente la disputa, e dedotta in particolar modo dalla natura giuridica dell'atto; che induce pure a mantener la stessa decisione, nel caso del legatario di parte indivisa di cosa immobile, diventato poi acquirente della cosa intera nella licitazione: alla qual non si muta il carattere di atto dichiarativo sol perchè l'acquirente non ha qualità ereditaria, derivandole tal entità dal fatto che pon termine tra i compartecipanti allo stato d'indivisione (2).

408. La seconda formalità, che necessariamente deve precedere il giudizio di purga, è l'iscrizion dell' ipoteca legale a favore della massa (3) dei creditori del venditore, e de' titolari anteriori cui la proposta è fatta; l'offerta contien la dichiarazione del terzo di obbligarsi personalmente al pagamento del prezzo fissato nel suo titolo di acquisto, o da lui dichiarato, e l'ipoteca legale s'aggiunge a tal impegno, garentendolo così con la sicurtà reale. Che rappresenta nella sua figura speciale, come un'estension dell'ipoteca ordinata dalla legge a favor dell'alienante (4): estensione vera non è, mancando nella specie la possibilità di assimilare il rapporto alla vendita, ma lo è nel senso, che la liquidazione cui si vuol giungere con la purga determina il *valore* (che altrimenti sarebbe specializzato con l'incanto), figurante qui qual prezzo della liberazion della cosa; prezzo dovuto ai creditori: come terzo l'offerente s'impegna per l'offerta,

(1) Cfr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2397; Dalmbert, op. e l. cit.

(2) Nella dottrina che impone la trascrizione (a fin di purga) anche del testamento, si disputa se ordinato il legato di una cosa a favor di più, il legatario resosi aggiudicatario nella licitazione debba trascrivere il testamento, o l'atto di aggiudicazione; in quest'ultimo senso decidono, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2396; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.* cit., III, 4135; Testoud, in *Revue crit.* 1890, p. 263. Cfr. Demante in *J. du Pal.* 1889, I, 935). Secondo la costruzione qui accolta, nessuna trascrizione occorrerebbe.

(3) C. civ., a. 2042.

(4) C. civ., a. 1969 1°.

Digitized by Google

e fin dall'offerta a pagarlo, e questo suo debito è garantito con l'ipoteca legale a quel modo che l'alienante è garantito contro l'acquirente. Nè importa se l'accettazione possa seguire più tardi: la purga è modo speciale di liquidazion della cosa, e l'iscrizione a favore della massa fissa il diritto dei creditori ipotecari rispetto a questa procedura, serrata così in relazione a loro: alla *massa*, perchè a tutti (secondo il rispettivo grado) dà sicurtà il medesimo oggetto, il valor della cosa. Da questo lato, l'ipoteca or descritta, ha pur qualche analogia con quella già conceduta alla massa dei creditori sui beni del fallito, parimenti giustificata dal concetto di *liquidazione*, e dalla necessità di fissare i diritti concorrenti alla realizzazione del valore.

409. Adempiuto che abbia il terzo possessore a queste formalità preliminari, rese necessarie, secondo s'è avvertito, dal concetto di « *liquidazione* » dominante l'istituto, dev'egli procedere all'offerta, il cui contenuto è la proposta ai creditori ipotecari di accogliere, senza ricorrere alla liquidazione giudiziale, il valore com'è *liquidato* dall'offerente, in base all'estimazion fatta nel suo atto di acquisto: o quando tal criterio manchi, giusta la natura del titolo, secondo il giudizio suo. Dal quale intendimento, ch'è nell'atto dell'offerta, ben s'inferisce la ragion della forma imposta per la sua valida effettuazione.

Dev'essere fatta dall'acquirente, terzo possessore, abbia acquistato a titolo oneroso, oppure a titolo gratuito: qualunque sia la causa dell'acquisto egli è in rapporto coi creditori ipotecari a ragion della sua proprietà, cui ineriscono gli oneri contenenti il diritto al valor della cosa; i diritti loro feriscono cioè la proprietà, e si rivolgono contro chi n'è il titolare, soltanto per via della sua posizione giuridica. E se più fossero gli acquirenti non è necessario sia da tutti fatta l'offerta, bastando all'uopo che uno solo la proponga acciò valevolmente la procedura di purga sia iniziata rimpetto ai creditori ipotecari (1); avendo egli interesse giuridico a farla, o si consideri l'indivisibilità degli oneri avvolgenti nella loro interezza ogni particella della cosa gravata, o (quando non si voglia argomentare da tal carattere) si badi alla sua condizion di comproprietario, all'entità della comunione cui partecipa. Certo, altrimenti

(1) Cons. App. Riom 12 genn. 1882 (*J. du P.* 1844, 1, 422).

Digitized by Google

avverrebbe se l'acquisto suo fosse limitato ad una parte certa, determinata dalla cosa; s'è già osservato che il diritto d'ipoteca non spoglia il titolare del poter di disporre, entro i termini segnatigli dalla ragion ipotecaria altrui, e valevolmente può esercitarlo alienando una porzion della cosa gravata; per il che, l'acquirente è terzo possessore rispetto alla parte certa acquistata, e l'offerta deve seguire limitatamente ad essa. Nè con ciò s'altera la ragion dei creditori ipotecari, e l'indivisibilità che la distingue; alla quale non par si rechi grave offesa, quando s'osservi che nel caso sia l'acquirente debitore del prezzo per quantità minore di quella cui s'estende il diritto dei creditori ipotecari, questi hanno soltanto facoltà e non obbligo di accettarlo, non potendo il diritto di disporre esercitarsi in modo da ledere la ragion ipotecaria loro. E accogliendo questo ragionamento, unica eccezione s'avrebbe nel caso che l'indivisibilità, come elemento naturale, non essenziale del rapporto, fosse esclusa dal patto: ma accoglierlo non può chi pensi che soltanto in apparenza qui l'indivisibilità è in questione, perchè senza discuterla, il terzo possessore offre, con la liquidazion che propone, il *prezzo* della cosa ch'egli ha; non offre *parte* del credito, ma il *valore* della cosa acquistata.

410. La proposta è rivolta *a tutti i creditori*, e dev'essere fatta ad ognuno individualmente: se l'offerta tende a stabilire l'accordo sul modo speciale di liquidazione ch'è la purga, il vincolo, di cui essa è uno dei termini preparatorî, esisterà quando il consenso di tutti gli interessati si manifesti per via dell'accettazione: la quale d'ordinario avvien tacitamente, col decorso del termine imposto per la richiesta d'incanto (1): s'intende che il silenzio si presta a tal significato, quando si riferisca a persona che lo tenne sapendo le conseguenze derivanti dal serbarlo in rispetto all'offerta. Da questo concetto s'inferisce che non potendo il silenzio valer accettazione per quel creditore che non ebbe l'offerta, l'averlo tenuto in tale stato non pregiudica in alcun modo al diritto ipotecario ch'egli ha, e quindi al poter suo sulla cosa (2); nè importa si dica che la liqui-

(1) Aubry et Rau, op. cit., III, § 294; Laurent, op. cit., XXXI, 457; Thézard, op. cit., 203; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2404; Dalmbert, op. cit., 119.

(2) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 461, Pont, op. cit.,

Digitized by Google

dazione seguita con la purga ha fissato il diritto dei creditori ipotecari sul *valore* offerto ed accettato, e perciò al creditore cui l'offerta non sia stata fatta (o se fatta non lo sia stata validamente) non riman che esercitare il suo diritto sul prezzo: non potendo esser egli vincolato ad una liquidazione che presuppon l'accordo, ed alla quale non potè consentire. Che possa rinunciare a questo suo diritto, e accettare la liquidazione consentita dagli altri, è certo (1); ma la possibilità giuridica di tal ratifica non altera il potere rimastogli nella sua integrità.

I creditori cui l'offerta dev'essere proposta, son quelli rimpetto ai quali l'offerente è terzo possessore, e la cui posizione è fissata in rapporto alla cosa onerata e quindi all'offerente, per via della trascrizione, se quest'abbisogni all'acquisto; perciò, l'offerente dovrà rivolgerla a tutti i creditori che abbian fatto iscrivere il proprio diritto ipotecario prima del momento in cui l'acquisto del terzo si fissò, senza distinguere se l'onere venne costituito contro il suo autore diretto, o contro gli antecedenti titolari della cosa.

411. Il modo di far pervenire l'offerta ad ognuno dei creditori interessati alla liquidazione della cosa (in rispetto, s'intende, all'acquirente qual *terzo possessore*), è ordinato così, da averne la maggior certezza ch'essa pervenga alle persone cui è diretta: un atto di tanto rilievo, anche per le conseguenze dell'accettazione tacita inerente al silenzio, ben meritava queste cautele. Le quali consistono nella *notificazione* che dev'esser fatta dall'usciere (2): e il mezzo ordinato, e la persona del pubblico ufficiale che lo compie, dànno garanzia di quella certezza, cui s'è or accennato qual fine dell'ordinamento; e nella designazion del *luogo* dove la notificazione dev'essere effettuata, ch'è il *domicilio eletto* dai creditori nell'*iscrizione*, presumendosi siasi fatta l'elezione secondo la ragion della legge (3) per l'interesse del creditore ad avere nel domicilio designato, notizia degli atti interessanti il suo diritto sulla cosa onerata.

Ma, questa del luogo dove la notificazione dev'essere effettuata

---

II, 1302; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2405; André, op. cit., 1207; Dalmbert, op. cit., 119 *bis*.

(1) V. la n. preced.

(2) C. civ., a. 2043.

(3) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

non è condizione così essenziale, che il non averla osservata induca la nullità dell'atto. Può avvenire anzi tutto, che nel titolo creativo dell'ipoteca siasi indicato un luogo ch'è però diverso da quello indicato nell'iscrizione: e qui s'intende che la notificazione fatta in quest'ultimo domicilio non può essere impugnata dal creditore, perchè della diversità egli solo è causa, e l'offerente doveva attenersi all'indicazion del domicilio ch'è nell'atto onde l'ipoteca ha pubblicità e costituzione, senza preoccuparsi dell'elezione fatta nel titolo creativo. S'intende pure, che non essendosi fatta elezione alcuna, la legge provvede a ciò con una presunzione gia descritta (1): ma in ogni caso, o l'elezione siasi fatta, o siasi dimenticata nell'iscrizione, la notificazione avvenuta nel domicilio *reale* del creditore, non rende l'atto invalido: a pronunciar la nullità si rifiuta la ragione stessa della legge, che curò tal notifica per avere la maggior certezza che l'*offerta* sia giunta al creditore; certezza ch'è *massima*, quando si sa che la proposta venne recata all'interessato nel *luogo* in cui è presente, nel suo domicilio reale (2).

412. L'offerta deve contener l'indicazione precisa di tutti gli elementi che concorrono a costituire questa procedura speciale di liquidazione, ch'è la purga. E secondo l'entità di ognuno, valutata in relazione al modo particolare di concorrere, si può distinguerli in *soggettivi*, riferentisi alla determinazione giuridica del terzo possessore (offerente), o del creditore ipotecario cui l'offerta è fatta: ed in *oggettivi*, riferentisi alla *cosa* onerata dedotta nella liquidazion proposta, ed al *valore* offerto come rispondente al suo valore effettivo. Sì gli uni che gli altri sono specificatamente indicati dalla legge (3): e perchè son reputati sufficienti a dare ai creditori notizia dei termini in cui la liquidazione vuol esser condotta, e perchè, d'altra parte, l'offerta è atto unilaterale di volontà vincolante il terzo che vi ha proceduto, gli elementi di cui deve constare, per esser valida, son soltanto quelli che la legge determina; nè si può richiederne di altri, nè di quelli che occorrono si può alterare l'entità, esigendo a comporla requisiti non indicati nell'ordinamento legale che li concerne.

---

(1) C. civ., a. 1999.

(2) Aubry et Rau, op. cit., § cit.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2404; André. op. cit., 1207; Dalmbert, op. cit., 119 *ter*.

(3) C. civ., a. 2043 cit.

Digitized by Google

Dei soggettivi, quelli che valgono a determinare la condizion giuridica dell'offerente qual *terzo possessore*, la situazione cioè in cui l'acquisto della cosa onerata lo ha posto di fronte ai creditori ipotecarî, sono: 1) *la natura* e *la data del suo titolo*, affinchè i creditori conoscano lo stato dell'offerente, e perciò il diritto suo a far la proposta di purga; 2) *la data della trascrizione*, se giusta la natura dell'atto sia necessaria, consistendo in questa forma il *modo* per cui l'acquisto diventa effettuale rimpetto ai terzi (com'è la condizione dei creditori ipotecari). Gli altri poi, occorrenti a fissare in rapporto al terzo possessore lo stato dei creditori ai quali vien proposta la liquidazione, a determinare cioè in rispetto all'offerente, ch'è un soggetto di questo negozio, l'altro soggetto che deve concorrere a costituirlo, si riducono allo *stato, in tre colonne, di tutte le iscrizioni sopra i beni, prese contro i precedenti proprietari anteriormente alla trascrizione:* nella prima colonna dev'essere indicata la data delle iscrizioni; nella seconda, il nome e cognome dei creditori: nella terza l'importare dei crediti iscritti (1). Non altro occorre, secondo la descrizion di questi termini nettamente fatta dalla legge stessa, a determinare la condizione dei creditori che per via dell'ipoteca han diritto sulla cosa: la *persona* è indicata dal nome e cognome, le qualità di *titolare* del diritto reale ipotecario risulta dalla data dell' iscrizione, e la *quantità* per cui il creditore è interessato alla liquidazion della cosa, consta dall'indicazione dell'ammontare dei crediti iscritti.

413. S'è dubitato assai, se nel caso che dei varî creditori alcuni abbiano ipoteca su parte della cosa acquistata, o su talune delle cose acquistate, ed altri su parti o su cose diverse, l'offerente debba pur indicare nello stato, quali sono le parti o le cose su cui specificatamente grava ognuna delle ipoteche dei creditori iscritti; s'è pur dubitato, se ciò non sia ancor più necessario nel caso che diverse persone abbiano acquistato varî immobili nel medesimo atto, e con la stessa trascrizione abbian fissato l' acquisto di fronte ai terzi. E la difficoltà sollevata in questi due aspetti, dev'essere risoluta in conformità al criterio d' interpretazione or proposto: a parte l'argomento dedotto dalla lettera della legge che nettamente indica cosa debba contenere lo stato dei creditori ipotecarî, perchè il

(1) C. civ., a. 2043.

Digitized by Google

ragionamento non avrebbe da solo gran valore, basti considerare, che a conseguir il fine della forma ordinata le designazioni richieste sono ben sufficienti. Ne risulta difatti la condizion dei creditori ipotecarî, com'è fissata per via delle iscrizioni, rimpetto ai terzi, e quindi all'acquirente ch'è terzo possessore: nè si ritenne necessaria l'indicazion particolare della porzion della cosa, o della cosa onerata ad ognuno, perchè ciascun dei creditori cui l'offerta è fatta, sa qual'è l'oggetto su cui consiste il suo diritto ipotecario; e se vuol aver notizia intorno l'entità degli oneri gravanti la stessa cosa a lui ipotecata, l'indicazione ch'è fatta complessivamente nell'offerta di purga, gli dà modo, se vuole, di provvedere ai suoi interessi, spingendolo ad accertarsi d'ogni circostanza che possa reputare atta a giudicar l'offerta (1).

414. Degli elementi *oggettivi,* alcuni, come s'è or accennato, tendono a determinare nella sua individualità la *cosa* a cui riguardo vien fatta l'offerta, consista essa in un sol bene, oppure in più beni sottoposti all'onere ipotecario; e tal determinazione è data dall'indicazione della *qualità* e della *situazione* degli immobili, col *numero ch'essi hanno* nei registri catastali, o con altra designazione valevole a fissarne l'identità: nel modo, s'intende, in cui tali elementi risultano dal *titolo* d'acquisto, perchè l'identificazione della *cosa* deve constare in relazione al titolo onde il proponente ha qualità di terzo possessore, e perciò il diritto di offrire. La cosa dev'essere specificata, identificata come quella stessa che il terzo ha acquistato, e che deduce nella liquidazion proposta per via della purga (2).

Gli altri due elementi oggettivi, si riferiscono al *valore* offerto come rispondente al valore reale: e se ben si pensa, questo termine e l'altro contenente la determinazione della *cosa* onerata costituiscono insieme l'*oggetto* della liquidazione, nel senso che la *purga* definisce il *valore* della *cosa* acquistata dal terzo, e vincolata d'ipoteca. Il *valore* offerto, se l'acquisto venne fatto a titolo oneroso, deve constare dal *prezzo stipulato*; quando l'acquisto sia seguito a titolo oneroso *ma il prezzo non sia stato determinato,* oppure, quando l'acquisto sia avvenuto a titolo lucrativo, dovrà

(1) Cons. Cass. fr. 14 nov. 1894 (*J. du P.* 1896, 1, 137). V. Pont, op. cit. II, 1315.
(2) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

risultare dalla *somma che verrà dichiarata* nell'offerta dal terzo proponente (1).

Due sono le ipotesi che in quest'ordinamento appaiono, distinguendosi esse anzi tutto secondo la ragion dell'acquisto; e in altre due si separa poi la prima, perchè l'entità del corrispettivo può essere, oppur no, determinato nel *valore*. Intorno la prima di queste tre figure, il caso cioè di acquisto seguito a titolo oneroso, con apposita fissazion del prezzo, non sorgono questioni gravi, reputandosi che il corrispettivo, discusso e fissato in moneta tra le parti, risponda secondo il modo ed il fine della contrattazione, al valore reale della cosa, inteso come valor *venale*, non inferiore a quello che si potrebbe ottenere con l'esperimento della vendita coatta: e questo valore comprende l'*intero prezzo* convenuto. Per il che, se tra le parti si fosse pattuito d'indicare nel titolo soltanto una parte del prezzo, ed il rimanente del valore realmente fissato venisse dato nascostamente al creditore, oppur questi avesse già ricevuto la differenza anteriormente all'atto, non si potrà tenere qual *prezzo vero* quello segnato nel titolo: l'offerta, come atto unilaterale tendente ad un accordo sulla liquidazion della cosa, dev'essere fatta in buona fede, e deve perciò contenere il *prezzo vero*, quello cioè ch'è stato veramente convenuto, non quello che simulatamente è alterato nel titolo (2).

415. L'*intero prezzo veramente fissato*, s'è or detto: altrimenti mancherebbe la presunta corrispondenza del valore offerto al reale. Ma, può avvenire, che il corrispettivo non sia in tutto, od in parte, determinato in valore, o sia determinato in una prestazione periodica (rendita): rispetto alla qual possibilità è sorta grave disputa intorno al sapere, se in questi casi sia necessario che l'offerente debba determinarlo nel prezzo che gli paia corrispondere al suo contenuto, oppure, a lui sia bastante d'indicare nell'offerta il corrispettivo a quel modo che venne fissato. Ed a molta parte della dottrina è parso probabile questo secondo avviso (3), reputandosi le forme del-

(1) C. civ., a. cit.

(2) Aubry et Rau, op. cit., § 294; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 172 bis, IV, Troplong, op. cit., IV, 936; Thézard, op. cit.; 203; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2407 e seg.; Dalmbert, op. cit., 121.

(3) V. Cass. fr., 14 nov. 1894 (*J. du P.* 1896, I, 137); Pont, op. cit., II, 1312; Dalmbert, op. cit., 121 bis; Tissier, in *J. d. P.*, l. cit.

Digitized by Google

l'offerta debbansi restringere a quelle ordinate dalla legge, e sia sufficiente indicare al creditore la qualità del corrispettivo dovuto dall'acquirente, e di offrirlo così: sebben la decisione non sia stata mantenuta, come rigorosamente si sarebbe dovuto fare, nell'ipotesi di acquisto per via di permuta. Ma giustamente s'andò in contrario parere, e l'insegnamento suo è ancor più giustificato dall'ordinamento espresso della legge italiana (1): che il corrispettivo sia indicato ai creditori, nel modo fissato nel titolo, è necessario, dovendo essi conoscere il contenuto dell'onere rispondente all'acquisto: e, secondo il contenuto dell'offerta, riducendosi questa ad un atto unilaterale dell'acquirente che propone una liquidazione speciale della cosa onerata, è pur necessario sia indicato il *valore* ch'egli offre. Altrimenti, la proposta della liquidazione sarebbe deficiente per mancanza dell'oggetto che si vorrebbe dedurre nel rapporto, e ch'è il *prezzo* offerto: per via delle due designazioni, siccome l'offerente deve determinare il valore come a lui par giusto, i creditori possono ben estimare la proposta della liquidazione, valutandone la corrispondenza all'onere corrispettivo fissato nel titolo, e risolversi in conseguenza ad accettarla o respingerla.

Ben dispose quindi la legge, richiedendo all'offerente la determinazion del prezzo offerto, pel caso che nel titolo di acquisto non vi fosse prezzo fissato (2). Perciò, se tal fissazione non fosse consentita secondo la natura del titolo, come avverrebbe nel caso di *permuta* (3), oppure nell'ipotesi di *rendita* (4), l'offerente deve determinare la quantità, e offrirla: parimenti, se, in parte il prezzo consistesse in danaro, ma in modo da conservare al negozio la figura di vendita, o se il titolo fosse di liberalità *cum onere* e il peso inerisse all'atto quale ragion determinante, il terzo possessore dovrà determinarne l'entità nel corrispondente valore, ed offrirlo.

416. Ma non tutti gli oneri debbono essere ricordati nella notificazione, ed estimati in valore: s'è già detto del *corrispettivo*, ch'esso rappresenta la base su cui è condotta la procedura della purga, e

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 294; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 172*bis*, VII; Laurent, op. cit., XXX, 448 e seg.; Troplong, op. cit., IV, 925; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III. 2411; André, op. cit., 1218.

(2) Arg. C. civ., a. cit.

(3) C. civ., a. cit.

(4) V. gli Aut. cit. nella n. 2 a p. preced., e n. 1.

Digitized by Google

della domanda d'incanto vôlta a respingere l'offerta: e però, gli oneri calcolati nella determinazione del valore proposto son soltanto quelli che, giusta la mente delle parti, o dell'autore del terzo, rappresentano il *corrispettivo* dell'alienazione (1). Attalchè, se gli oneri imposti nel titolo costituissero non « peso » nel senso di corrispettivo fissato per l'acquisto, sibbene semplici condizioni dell'atto, come avverrebbe nel caso che l'acquirente s'obbligasse a rispettare le locazioni in corso, od il contratto d'assicurazione stipulato dall'alienante (2), non si dovrà tenerne conto nel computo del valore proposto nell'offerta: questi obblighi son parte del contratto, sono, perchè tali, elementi del rapporto costituito, ma, senza ricercare od estimare il motivo che potè indurne la nascita, non rappresentano per sè alcuna parte del corrispettivo. Possono esser cioè un sacrificio impostosi dall'acquirente per aver la cosa, come s'avrebbe nel caso ch'egli, dando o promettendo, fosse riuscito ad allontanare altri concorrenti: non sempre dunque si potrebbe argomentare da questo fatto l'inferiorità del valore offerto rispetto al reale, perchè ai creditori che di ciò sian certi, è salvo il rimedio della domanda d'incanto (3).

417. All'indeterminatezza che il prezzo ha pel modo col quale venne fissato nell'acquisto, deve in certi casi ovviar l'offerente per via di ragguaglio. Può avvenir difatti ch'esso sia determinato sì nella sua entità, ma non rispetto alla cosa, od alle cose per cui l'acquirente vuol procedere all'offerta di purga, onde al creditore non apparisca nettamente il valore che s'intende di proporgli, e non abbia così mezzo valido di decidersi ad accettare, o rifiutare con la domanda d'incanto: e i casi in cui per lo più tal indeterminatezza apparisce, sono indicati dalla legge, che li formulò seguendo l'espe-

---

(1) Cons. Cass. fr. 14 nov. 1894 cit.; la n. di Tissier e gli Aut. cit.

(2) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2407; Dalmbert, op. cit., 121.

(3) Dalle nozioni date rispetto agli *oneri* si deduce che non son tali i pesi che all'acquirente incombono per legge, a ragione stessa del titolo d'acquisto; come sarebbero le spese dell'atto, anche se espressamente fossero poste a suo carico, e l'obbligo di pagar gli interessi del prezzo quando gli fosse già dato il possesso dell'immobile. Cons. Aubry et Rau, op. e l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit. IX, 172*bis*; Pont, op. cit, II, 1319; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2407; Dalmbert, op. cit. 121.

Digitized by Google

rienza delle leggi anteriori (1), e della giurisprudenza svoltasi attorno ad esse (2). E si riducono ai seguenti: l'esser compresi nel medesimo titolo di acquisto mobili ed immobili; o più immobili, dei quali alcuni siano ipotecati ed altri liberi, oppure tutti siano ipotecati per iscrizioni diverse, e tutti siano situati nella stessa giurisdizione di tribunale civile, oppure alcuni od ognuno sia situato in giurisdizione diversa; od ancora, di questi immobili, tutti, od alcuni, siano aggregati alla medesima tenuta, oppure stiano a sè. In questi casi vi è indeterminatezza rispetto al prezzo di ciascuno degli immobili dedotti nell' acquisto, se la fissazione ne sia seguita in modo complessivo per tutti, per gli ipotecati cioè e pei liberi; per gli ipotecati con le stesse iscrizioni, e per quelli ipotecati con iscrizioni diverse; per quelli situati nella stessa giurisdizione e per quelli situati in giurisdizioni diverse; per quelli aggruppati ad una stessa tenuta, e per quelli che non vi fossero aggregati: oppure, se il prezzo non sia uno solo e identico per tutti i beni acquistati, ma s'abbia un prezzo speciale e distinto per i mobili, e per gli immobili, o per gli immobili considerati nei varî aspetti or descritti (3).

A togliere siffatta indeterminatezza, e perchè l'offerta, come termine primo dell'accordo vôlto alla liquidazione per via di purga, contenga la proposta di un valore della cui entità e convenienza il creditore possa giudicare, è imposto all'offerente di dichiarare nella sua notificazione il prezzo dell'immobile che intende di purgare, ragguagliandolo sul prezzo totale espresso nel titolo: così il creditore potrà estimare l'offerta, e accettarla stringendo l'accordo, o respingerla togliendola come base della domanda d'incanto. Determinazion questa che non occorre più, come s'è or avvertito e la legge stessa dichiara, quando gl' immobili, qualunque sia il modo col quale vennero dedotti nell'acquisto, non siano soggetti ad ipoteche distinte: che al creditore si debba offrire il prezzo determinato per ognuno degli immobili gravati, quando siano situati in diverse giurisdizioni, s'intende, e per l'entità individuale dell'onere risultante dall'iscrizione speciale, e per il luogo in cui dev' esser fatta la notificazione a fin di purga: ma se gl' immobili son gravati dalla stessa ipoteca,

(1) C. civ., fr., a. 2192.

(2) Cons. specialmente Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2421 e segg.

(3) C. civ., a. 2053.

Digitized by Google

la determinazione del prezzo cumulativamente fissata è ben sufficiente come indicazione del valore offerto (1).

Cosicchè, quando s'avverta al contenuto della proposta, del negozio unilaterale manifestantesi con l'*offerta*; quando si pensi, ch'essa è vôlta alla liquidazione del diritto reale d'ipoteca, risultante dall'*iscrizione* per cui *ogni* rapporto speciale di sicurtà ipotecaria vien costituito; quando pur si badi, che in relazione al diritto d'ipoteca, od ai varî diritti d'ipoteca (risultanti da particolari e separate iscrizioni) di cui il creditore sia titolare, il valore offerto è base alla procedura d'incanto, svolgentesi con l'*offerta contraria* (domanda d'incanto) esprimente il rifiuto ad accogliere la proposta del terzo possessore; quando a tali considerazioni si dia l'importanza or descritta, apparirà ben giustificata la necessità che nelle circostanze esposte la determinazion del valore sia fatta dall'offerente.

418. La qual determinazione è pur lasciata all'estimazion dell'offerente nel caso di acquisto seguìto a titolo gratuito: qui l'atto non pone in rilievo il valor della cosa, come avviene quando si acquisti a titolo oneroso, presumendosi allora che la fissazione del *corrispettivo* (consista in un certo prezzo oppur no) dipenda da precedenti dibattiti sul valor effettuale; ai creditori è poi sufficiente garanzia la facoltà di accettare l'offerta, se lor paia giusta o conveniente, o di respingerla provocando l'incanto (2).

419. Del valore determinato nel modo or descritto, dev'essere offerto il pagamento nella proposta di purga fatta dal terzo possessore (3): nè occorre dimostrare come quest'offerta sia tra gli elementi sostanziali dell'atto, che ha in essa l'oggetto suo vero, e rispetto al quale o s'effettua l'accordo, o s'inizia, come base della procedura, la liquidazion per via d'incanto; l'acquirente offre il valore che par corrisponda a quello ch'effettivamente è nella cosa, proponendone il pagamento al creditore od ai creditori ipotecari qual oggetto proprio del loro diritto reale. E perchè in tal proposta consiste il contenuto dell'atto, non è necessario sieno adoperati dall'offerente

(1) C. civ., a. cit.
(2) C. civ., a. 2043, cit.
(3) C. civ., a. 2044.

Digitized by Google

termini atti a esprimerla formalmente (1); basta sia la volontà resa comunque manifesta, e se pur mancassero le parole cui la proposta debba riferirsi il difetto non induce nullità, quando dall'insieme dell'atto si possano inferire gli elementi necessarî a supplirvi; la ragion stessa della notificazione parrebbe a ciò sufficiente (2), inerendo già alla struttura giuridica della purga l'offerta di pagare il prezzo, od il valor dichiarato.

Nè val s'obbietti contro quest'ultima proposizione che l'offerta dev'essere fatta espressamente perchè impegnativa, non potendo il terzo possessore pretendere di far il pagamento secondo i termini dilatori fissati nel suo titolo d'acquisto, nè far delle riserve rispetto al termine o modo del pagamento, od alla quantità, come avverrebbe s'egli si riservasse d'insistere in una diminuzion del prezzo convenuto nell'atto; che non si possa sollevare queste pretese (3) s'intende, ma ciò non toglie la possibilità di presumere la *volontà di offrire il pagamento* dal titolo, dal fine stesso dell'atto, che, giusta la virtù sua legale, contien di necessità tal proposta. Quelle pretese non han fondamento, s'è detto: esse difatti traggono la propria ragion giuridica di essere dal patto intervenuto tra le parti, dalla volontà informante l'atto di trasferimento, nè possono quindi scemare od alterare in alcun modo il diritto derivante ai creditori ipotecari dal poter loro sulla cosa; possono cioè procedere senz'altro a liquidarla, e se la *purga* è vôlta a statuire una liquidazion volontaria, l'offerta del *valore* dev'essere fatta indipendentemente dalle clausole che, secondo l'atto di acquisto, governerebbero l'adempimento degli oneri imposti, qual corrispettivo, all'acquirente: deve seguire senza riserve (4). Il diritto dei creditori si esperisce sul *valore*; ed il valore dev'essere offerto per la valida instituzion della purga; purchè i creditori stessi, o intervenendo all'atto di acquisto

(1) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 469; Troplong, op. cit., IV, 928; Pont, op. cit., 1313, 17; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2416; Dalmbert, op. cit, 124 *ter*.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 466, 467; Colmet de Santerre, op. cit., V, 250 *bis*, IV; Troplong, op. cit., IV, 930; Pont, op. cit., II, 1818; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 5416, 2416; Dalmbert, op. cit., 192.

(3) V. gli Aut. cit. nella n. prec. App. Grenoble, 29 maggio 1868 (*J. du Pal.* 1869, 198); 20 genn. 1894 (*ib.* 1895, 2, 20).

(4) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2414; Cass. fr. 2 marzo 1885 (*J. du Pal.* 1885, I, 632).

Digitized by Google

o con atto posteriore, non abbiano assentito alle condizioni fissate per l'estinzion del corrispettivo imposto all'acquirente.

420. Due ultimi elementi occorrono poi a dar veste giuridica all'offerta, sebbene l'importanza loro sia minore di quella or segnalata, rispetto ai termini concernenti il contenuto dell'atto; di essi, il primo, ha per fine di render noto ai creditori interessati il *luogo* in cui, occorrendo, si deve notificare all'offerente la domanda d'incanto che accompagna il rifiuto dell'offerta, ed apre la liquidazion giudiziale: perciò è fatto obbligo al terzo possessore di eleggere nell'atto il suo domicilio nel comune ove siede il tribunale competente per la subastazione (1). Il secondo è diretto a recare a maggior conoscenza di chiunque possa avervi giusto e legittimo interesse l'avvenuta offerta, e di concorrere così a fissare il *momento* dal quale si computa il termine concesso per promuovere gl'incanti: l'*inserzione* sul giornale degli annunzi giudiziari dell'estratto sommario della notificazion di purga fatta dal terzo possessore, è, come forma meglio atta, imposta perciò dalla legge (2).

421. Descritti così nella ragion di essere spettante ad ognuno i termini occorrenti alla validità dell'offerta, si può inferirne, senza ricorrere a nuove e particolari indagini, la virtù che hanno rispetto all'esistenza dell'atto; la funzione speciale a ciascuno mostra cioè in qual modo il vizio che lo infirmi agisca in relazione al valore dell'atto intero.

Il quale dev'essere anzitutto considerato nel fine suo economico-giuridico di « *atto unilaterale* », il cui contenuto speciale, determinato, è la proposta della liquidazion convenzionale in base al *valore* offerto, e che il dichiarante mette a disposizione dei creditori ai quali è notificato l'atto; perciò, il difetto dei termini per cui è reso manifesto tal fine ed affermata l'entità caratteristica dell'offerta, vizia questa non soltanto di semplice annullabilità, ma d'inesistenza. Se nell'atto non fosse in alcun modo indicato il *titolo* onde l'offerente ha qualità di terzo possessore, e ne giustifica perciò l'offerta; se vi mancasse l'elenco dei creditori ipotecari ai quali per effetto del diritto reale sulla cosa, è *proposta* la liquidazione, è

(1) C. civ., a. 2044 cit.
(2) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

offerto il *valore* che sarebbe l'oggetto vero, proprio, del rapporto di cui son titolari; se non vi fosse ricordata la trascrizion del titolo dell'acquirente, termine necessario a fissar la qualità delle parti tra cui si vuol esperimentare la liquidazione per via di purga; se non fosse *offerto* il *valore* (anche per via di ragguaglio, dove ciò occorre) che dev'essere proposto ai creditori ipotecari come valor della cosa onerata, come l'oggetto sul quale giuridicamente il loro rapporto consiste: s'avrebbero difetti tali nell'atto, che, togliendogli la *sostanza* giuridica di offerta a fin di purga, lo renderebbero *inesistente* (1).

Ma di fronte a questi vizî di così grave importanza da render necessario un atto nuovo, non potendosi sanare quello che ne sia infetto, si deve segnalarne d'altri inducenti soltanto l'annullabilità dell'offerta. Certo, la volontà di *tutte* le parti interessate può riuscire anche nel primo caso, a togliere la gravezza di quei difetti, potendo ben esse accordarsi a ritenere il valore offerto dal terzo qual proposta conveniente, e tenerlo a base della liquidazion convenzionale; e l'atto nel quale tutte le parti intervengono (se alcuna non v'intervenisse, i suoi diritti non ne avrebbero alterazione veruna) è convenzione valida, in cui potranno determinarsi la figura della novazione, o quella della remission parziale di credito, o pur l'altra della transazione, ma non avrà certo la struttura giuridica speciale alla *purga*.

Delle ragioni di *annullamento*, quelle che, come s'è osservato per l'*inesistenza*, si connettono al modo di essere dell'offerta di purga (forma estrinseca) si riducono alle formalità di procedura vôlte a dare alle parti interessate notizia della proposta, del luogo in cui, pel caso di rifiuto, si dovrà significare al terzo la domanda d'incanto, e del momento dal quale dovrà decorrere il termine utile concesso ai creditori per deliberare. I vizî non toccano qui la *sostanza* dell'atto, compiuta nelle parti singole che debbono concorrere a costituirlo nella struttura speciale sua: perciò, se la *notificazione* venisse fatta fuori termine, o fosse errata, i creditori hanno facoltà di rinunziare all'annullabilità espressamente o tacitamente (2); e se

(1) Cons. Aubry et Rau, op. e l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 172 *bis*, XVIII; Laurent, op. cit., XXXI, 452, 558; Troplong, op. cit., IV, 924, 974; Pont, op. cit., II, 1310, 1382; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2417, 2425; Dalmbert, op. 123, 135 *bis*.

(2) Cons. Cass. fr. 4 maggio 1892 (*J. du Pal.*, 1892, 1, 575); Aubry et Rau,

Digitized by Google

a qualcuno non fosse fatta, egli non perderà rimpetto al terzo i diritti derivantigli dall'ipoteca. Del pari, la mancanza dell'elezion di domicilio nell'atto della notifica non invalida l'offerta; la notificazione può ben farsi al domicilio reale. E neppur fa contro l'esistenza giuridica dell'offerta, che l'estratto sommario della notificazione non sia stato inserito sul giornale degli annunzi giudiziari: è specialmente nell'interesse dei creditori che tal pubblicità è richiesta, e fine precipuo suo è di far decorrere il termine utile per la dichiarazion del rifiuto, e la domanda d'incanto che vi è connessa; cosicchè, i creditori, nonostante il difetto eguito nell'esecuzion di tale formalità, possono ben accettare la proposta, e procedere alla purga (1).

422. Rispetto al contenuto intrinseco dell'offerta basterà dire, ch'esso deriva la ragion sua dalla *volontà* del terzo possessore, e però tutte le cause onde il negozio giuridico riman viziato d'inesistenza o di annullabilità, secondo i principî generali, valgono pur qui: per via dell'incapacità ch'egli abbia, o quando la sua volontà fosse determinata da errore, dolo o violenza, potrà dunque l'offerente far dichiarare l'invalidità dell'atto da lui compiuto. La questione è dibattuta assai pel caso che tra il prezzo dichiarato nell'atto di acquisto, o risultante da altri elementi, e quello dichiarato nell'offerta esistesse diversità; e s'opina generalmente che se quest'ultimo sia maggiore l'offerta debba tenere, e non tenga invece quando sia minore (2). Della qual decisione l'ultima parte è giusta: la violazion così netta della legge, ch'esige l'offerta del « prezzo *di acquisto* », deve condurre di necessità ad affermare l'inesistenza dell'atto, alla cui validità è termine essenziale la correlazion presunta tra il prezzo fissato per l'acquisto ed il valore offerto; non così giusta par la prima, dovendosi limitarne il contenuto coll'aggiungere, che l'offerta di maggior valore è valida, purchè l'offerente non

---

op. e l. cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 455; Pont, op. cit., II, 1324; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 3420; Dalmbert, op. cit., 123 bis.

(1) Si reputa che il *solo* fatto di domandare l'incanto, non contenga la rinunzia del creditore alla nullità: Aubry et Rau, op. e l. cit.; Laurent, op. e l. cit.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. e l. cit.; Dalmbert, op. e l. cit. Ma par meglio decidere il contrario, contenendosi nel suo fatto la volontà di rinunciare alla nullità che lo concerne.

(2) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 172 bis, XVII; Troplong, op. cit., 203; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2427; André, op. cit., 1221.

Digitized by Google

dimostri di averla fatta per *errore* scusabile. I criteri governanti la *culpa in contrahendo*, valgono pur qui a definire quando dai fatti emerga la scusabilità, che consente la revoca della *volontà* dichiarata non corrispondente alla reale.

423. La distinzione or proposta, giusta i principî generali governanti l'invalidità dei negozi giuridici, tra i vizî producenti la inesistenza e quelli determinanti la sola annullabilità dell'offerta, dichiara quali persone abbiano potere di opporli; e, se qualunque interessato può valersi delle cause per cui l'atto è inesistente, invece di quelle che lo rendono annullabile si può valere soltanto la persona nel cui interesse sia statuita la forma che non venne osservata. Or applicando queste regole, facilmente s'intenderà che nel caso sia stato offerto un valor minore del prezzo effettivamente stabilito, anche l'alienante ha interesse giuridico d' intervenire chiedendo la nullità (inesistenza) dell' offerta; la questione è dubbia, ma la risoluzione qui accolta par preferibile; vero, che l' atto non lo concerne direttamente, vôlto com'è a porre in essere una relazion tra il terzo possessore ed i creditori ipotecari, e pure non gli si può negare l'interesse giuridico a che sia offerto un prezzo non inferiore a quello stabilito, quando esso non sia sufficiente a coprire le passività ipotecarie, e lasci così ai creditori il diritto di procedere contro di lui pel rimanente. E si può costruire argomentando dalla considerazion dell'atto di trasferimento la cui notizia è termine essenziale dell' offerta, e dall' essere l' alienante parte costitutiva di esso; vero, che si potrebbe inferir da ciò il diritto dell' alienante d' intervenire ancor quando il prezzo offerto fosse bastante a soddisfare gli oneri ipotecari, trattandosi sempre di fissare la verità dell' atto di acquisto, ma si deve osservare come il poter suo sia limitato dall'interesse che ha di fronte ai soli creditori ipotecari, in relazione ai quali si svolge la procedura di purga. Gli altri creditori son soltanto in rapporto col patrimonio suo personale.

Invece, la ragion di annullabilità si riferisce alla sola persona che aveva diritto al rispetto della forma non osservata; così, della notificazione errata il solo creditore cui venne fatta in modo invalido, o non venne fatta, potrà muover lagnanza: non il venditore (1), non gli altri creditori (2).

(1) Cons. specialmente Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2419.
(2) Aubry et Rau, op. cit., III, § 294; Laurent, op. cit., XXXI, 454; Colmet

Digitized by Google

424. L'offerta così fatta è proposta di liquidazione volontaria, è uno dei termini componenti l'accordo vôlto a determinare *convenzionalmente* il valor della cosa. E val come atto unilaterale, perchè dal momento della notificazione non può essere revocata; obbliga l'offerente ad attendere, pel termine fissato all'uopo, la deliberazion dei creditori cui è proposta, eccezion fatta soltanto pel caso di vizio che abbia determinato la sua volontà di offrire, e ch'egli possa opporre. Di ciò s'è detto; e gioverà notare come al tema dell'errore (essenziale) si connetta il caso di giusto e certo pericolo di evizione di cui l'offerente sia minacciato (1); non così, se abbia dimenticato qualcuno dei termini componenti il corrispettivo fissato, quando (giusta il criterio, già invocato, della *culpa in contrahendo*) i creditori cui la proposta venne fatta avevano in buona fede giusta ragion di credere che rispondesse alla vera intenzion dell'offerente.

425. L'*accettazione* dell'offerta può avvenire in modo *espresso*, prima che sia decorso il termine al cui spirare vien presunta dalla legge, o in modo *tacito*. Del primo di questi due modi non è il caso di discorrere, e basterà osservare come a compierlo valevolmente abbisogni in chi accetta la capacità di ricevere il pagamento, e quando il prezzo offerto non fosse bastevole alla soddisfazion del credito, quella di poter disporre delle cose proprie; nè rispetto alla forma occorre alcunchè di speciale, perchè, sebbene sia miglior consiglio il *notificar* l'accettazione al terzo possessore, è sufficiente gli sia fatta conoscere comunque la volontà di accettare, salva ogni questione attenente all'onere della prova. Il modo *tacito* è quello ch'è presunto dalla legge in conseguenza dell'aver il creditore, cui valevolmente sia stata notificata l'offerta, lasciato decorrere il termine fissatogli per respingere la proposta, e far la domanda d'incanto; il qual termine verrà ora descritto.

426. Accettata l'offerta, così l'offerente come l'accettante non possono revocarla; ma come avvien d'ogni negozio giuridico contrattuale, hanno diritto di far valere, nei termini fissati all'uopo dalla legge, i mezzi di annullamento derivanti da disarmonia giustificabile della

---

DE SANTERRE, op. cit, IX, 162 *bis*, XIX; PONT, op. cit., II, 1323; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., l. cit.; DALMBERT, op. cit., 123 *bis*.

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 294; BAUDRY LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2427. Cfr. PONT, op. cit., II, 1320.

Digitized by Google

volontà dichiarata con la reale. Nè a fin di sostenere la possibilità di revoca per altre cause, varrà l'osservare ch'esso può nascere da riserve fatte, onde il negozio sia risolubile; lo scopo della liquidazione insito nella purga impedisce assolutamente che riserve o condizioni sian fatte nell'offerta, o nell'accettazione: e se fossero fatte di accordo tra le parti interessate, e se fossero pur osservate, il negozio ne avrebbe sì valore qual contratto di liquidazione volontaria, ma non avrebbe l'entità giuridica speciale alla *purga*.

In applicazion dei principî or posti, s'intende che potrà essere revocata per vizio d'errore sostanziale l'accettazione dell'offerta di un valore non corrispondente al prezzo d'acquisto effettivamente convenuto (1); il creditore non avrà perciò bisogno di sperimentare l'azion frodatoria, concorrendo nel fatto i termini tutti dell' *errore* (e ancor del *dolo* se l'offerente vi aggiungesse manovre fraudolenti), s'egli in buona fede (*culpa in contrahendo*) avesse ragion di ritenere come vera la dichiarazione di valore seguìta. Rispetto poi al poter il creditore ipotecario instituire l'azion frodatoria, non pare gli si possa contendere tal diritto dicendo ch'egli ha sufficiente garanzia all'interesse suo nell'ipoteca, e nella facoltà di respingere, chiedendo l'incanto, l'offerta di purga che gli venisse fatta; non si potrà dichiarare gli sia inutile tal rimedio, quando si consideri che il diritto suo di non accettare l'offerta di purga è connesso all'obbligo di giustificare il rifiuto con la domanda dell'incanto, e la garanzia dell'aumento del quinto sul valore offerto (2). Piuttosto, si dirà incompatibile la domanda d'incanto ch'egli avesse fatto, con la sua pretesa di promuovere ancora l'azion frodatoria; rimedio al tutto fuor di luogo, inutile, con la procedura iniziata, tendente alla purga giudiziale della cosa onerata, e però alla fissazion del valore reale ch'è in essa; nè importa s'egli in seguito desista dalla richiesta d'incanto, liberamente, senza dolo dell'offerente, potendosi spiegare il suo atto con la persuasione che la liquidazion giudiziale non dia rispetto al prezzo i risultati sperati.

427. L'accettazione così avvenuta, determina l'esistenza del negozio vôlto alla liquidazion della cosa sulla base del valore offerto;

(1) V. la n. seguente.

(2) Cons. e cfr. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 294; TROPLONG, op. cit., IV, 957; PONT, op. cit., II, 1831; THÉZARD, op. cit., 208; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2486; DALMBERT, op. cit., 134 bis.

Digitized by Google

che, o prezzo stipulato per l'acquisto, o qual valore dichiarato dal proprietario terzo offerente, riman fissato come *valore* effettivo della cosa onerata (1). Perciò, le ipoteche si esperimenteranno sull' *oggetto* così determinato, secondo il grado ch' esse hanno, indicante il momento rispettivo in cui vennero acquistate; di quelle che, in conseguenza di tal grado, non potranno essere soddisfatte sul valor offerto ed accettato, la cosa rimarrà liberata senz'altro; e per le altre che vi possono partecipare per l'utile collocazione, la cosa sarà liberata a misura del pagamento dei creditori titolari, o del deposito del prezzo eseguito nei modi statuiti dalla legge di procedura (2). E s'intende: i creditori ipotecari diventano creditori del prezzo offerto per la liberazion della cosa, ma questa riman liberata quando tal credito sia soddisfatto; fino al soddisfacimento la cosa riman onerata a garanzia dell'offerta accolta, secondo lo scopo ch'è nella formalità imposta all'offerente d'iscrivere l'ipoteca legale.

428. Contro l'offerta sta la rinunzia, che toglie alla proposta ogni valor giuridico, e rende all'offerente la libertà che il suo atto unilaterale avea vincolato (3); ma lo scopo della purga, consistente nell'ottener la liquidazione con maggior sollecitudine e minor spesa di quanto occorrerebbe seguendo la procedura giudiziale, e nel conciliare in modo equo l'interesse dell'acquirente (pel diritto che ha dall'acquisto) e quello dei creditori ipotecari (diritto al valor della cosa), ha suggerito di vietare la possibilità dal rifiuto per via della semplice rinunzia. Questo difatti potrebbe esprimere non la tutela dell'interesse di chi la fa, ma il dispetto verso l'acquirente, potrebbe essere cioè atto ingiustamente emulativo, contraddicente a quella conciliazion d'interessi cui la legge tende con la procedura della purga; onde l'obbligo imposto a chi fa la rinuncia di manifestarla con l'istanza della vendita dei beni all'incanto, osservando forme e cautele speciali, pensate ad assicurare che il rinunziante ha certezza sia il prezzo offerto inferiore al reale.

---

(1) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2485; S'intende, pei concetti già esposti, che nel caso di vendite successive il *valore* deducibile nella purga, è quello dell'ultima trascritta (Cass. fr. 22 luglio 1868, in *J. du Pal.* 1869, 687). Se, e da quando, il terzo diventi pur debitore degli interessi sul prezzo offerto, si dirà in seguito.

(2) C. civ., a. 2046.

(3) C. civ., a. 2045.

Digitized by Google

Di queste condizioni si dirà in seguito. E ricordando dapprima qual sia il termine utile per fare l'instanza or descritta, si può affermare ch' esso decorre soltanto dalla notificazione fatta a fin di purga, a richiesta del terzo possessore (1); prima di tal atto, non è possibile al creditore di far la domanda d'incanto, qual rinuncia di offerta, nè s' intende come il contrario avviso abbia accolto un tempo largo suffragio nella dottrina e nella giurisprudenza. Ch'egli abbia potere d' iniziare l'esecuzione reale, è certo, pel diritto conferitogli dall' ipoteca sulla cosa: ma domandar l' incanto in quella forma speciale alla procedura di purga, non può, il rifiuto supponendo lo stato anteriore dell'offerta cui si riferisce; e qui il rifiuto non è poi liberamente concesso al creditore, che deve giustificarne la serietà, la *buona fede*, con le cautele particolari ordinate dalla legge.

Il termine è di quaranta giorni, decorrenti dalla notificazion dell'offerta, e dall'inserzione dell'estratto sommario nel giornale degli annunzi giudiziarî (2): se entrambe le formalità vennero compiute il termine decorre dalla data dell' ultima, e dalla notificazione, se questa soltanto venne eseguita, non inducendo nullità (per inesistenza) la mancanza dell' inserzione. E rispetto al computo del tempo nulla vi ha in quest' ordinamento speciale che deroghi ai criterî generali: il *dies a quo*, il giorno della notificazione, o dell'inserzione, non è calcolato nel termine, mentre invece il quarantesimo giorno è proprio l'ultimo del periodo, chiudentesi allo spirare di esso (3). Nè, spirato che sia, vi ha possibilità di proroga: pel fine della procedura di purga, conducente a liquidazion sollecita dell'immobile onerato, ed essendo l'*offerta* atto unilaterale vincolante il terzo possessore che lo fa, non è parso conveniente di lasciar eccessivamente in sospeso lo stato di cose creato dall'offerta; onde la disposizione vietante in materia di purga la prorogabilità dei termini (4), senza tener conto della condizion di capacità delle persone interessate.

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 291; Laurent, op. cit., XXXI, 484 e seg.; Pont, op. cit., II, 1354; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2439; Dalmbert, op. cit., 138.

(2) C. civ., a. 2145 cit.

(3) Aubry et Rau, op. e § cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 505; Troplong, op. cit., IV, 933; Pont, op. cit., II, 1354; Thèzard, op. cit., 206; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2455.

(4) C. civ., a. 2047.

Digitized by Google

429. Il diritto di chiedere la vendita all'incanto spetta ad ogni creditore ipotecario che abbia facoltà di respingere la proposta offerta di purga, e quindi non soltanto a quei creditori che abbian ricevuto la notificazione, ma anche agli altri, i quali rinunciano così a valersi del difetto occorso nella procedura tenuta dall'offerente (1): purchè, e s'intende di leggieri, il titolo d'acquisto dell'ipoteca sia valevole, potendo altrimenti il terzo possessore impugnarlo, per l'interesse giuridico suo di tener libera la cosa propria da ogni onere che illegalmente vi sia stato infisso. Nè rileva poi quanto all'entità del suo diritto di credito, che questo sia condizionale, oppur a termine (2), derivandogli in ogni caso dalla condizion sua di creditore il poter di agire, a fin di serbare integro il valor vero della cosa, ch'è l'oggetto proprio del suo rapporto; e neppur fa ch'egli sia titolare dell'ipoteca in tal grado da non averne utile collocazione sul valore offerto, dal momento che tutta la procedura di purga si svolge in conseguenza della sua qualità di creditore ipotecario; il diritto di respingere la proposta chiedendo gl'incanti, gli vien dall'onere reale di cui è titolare, e perciò dall'interesse suo di ottenere per via della liquidazione il valore più alto, e ch'è maggiore nella condizion derivantegli dall'inferiorità del suo grado (3).

Altro è vedere, se tal diritto spetti ai creditori quando sia offerto un valor sufficiente a soddisfare per intero gli oneri ipotecarî gravanti la cosa. Parrebbe a tutta prima, che non abbiano interesse giustificabile a respinger la proposta, e chieder gl'incanti, riferendosi la purga alla sola liquidazione concernente le ipoteche a fin di liberarne la cosa su cui insistono (4): ma, altro è considerare che, quando la proposta abbia l'entità or descritta, i creditori ipotecari non hanno nel rifiuto alcun utile che li *consigli* a farlo, e altro il vedere se vi abbiano *interesse giuridico* togliente all'atto il carattere d'inutile e di vietato dispetto. E lo hanno: la liquidazione tende a che senza riguardo all'entità dell'offerta in relazione a quella dei crediti ipotecarî, sia fissato il *valore* della cosa, per via della discus-

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 490 e segg.; Pont, op. cit., II, 1332 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2441 e segg.; Dalmbert, op. cit., 144 e segg.

(2) V. la n. preced.

(3) V. la n. preced.

(4) Laurent, op. cit., XXXI, 490.

Digitized by Google

sione tra le parti interessate, chiudentesi con l'accettazione della proposta, o col rifiuto e la domanda d'incanto: nè l'atto del creditore può parer qui dispetto inutile, e vietato, essendo l'emulazione tolta di mezzo con l'obbligo delle cautele che debbono accompagnare il diniego (1).

430. La condizione di creditore ipotecario, dà dunque il diritto di chieder gl'incanti: nè importa distinguere, se tal condizione egli abbia per acquisto che della sicurtà abbia direttamente fatto sulla cosa, o se gli spetti per via di cessione o di surrogazione, convenzionale o legale, nella ragion di credito e dell'ipoteca che vi accede, o della sola ragion ipotecaria (2): in ogni caso è titolare dell'onere, e da ciò il poter suo rispetto alla liquidazione della cosa gravata. Nè, per le considerazioni già esposte (sebbene della convenienza dell'ordinamento legislativo si possa discutere), rileva che della cessione o della surrogazione seguita pel credito o per la sola ipoteca, non sia fatta l'annotazione: forma non imposta, e soltanto facoltativa, reputandosi bastante agli effetti del trasferimento l'osservanza delle forme particolarmente riferentisi a quelle due figure che vi dàn causa.

Potrebbe dubitarsi, se il diritto di chieder gl'incanti appartenga a quel creditore che abbia iscritto l'ipoteca dopo la vendita dell'immobile, e prima della trascrizion dell'atto, nel caso che il venditore lo abbia riacquistato, e poi ancor venduto: ma per due considerazioni vien risolto il dubbio, e riconosciuto così all'instante la qualità di creditore ipotecario. Anzitutto, l'iscrizione venne eseguita in tal tempo, per cui, a causa della non seguita trascrizione della prima vendita, si dovea giuridicamente ritenere la cosa come ancor esistente nel patrimonio del venditore contro il quale l'ipoteca ebbe nascita: e poi, quando (contrariamente alla dottrina qui sostenuta dell'inesistenza dell'iscrizione) si tenesse per vero, che sanata la causa di nullità della costituzion dell'onere, non occorra la rinnovazione, il riacquisto della cosa fatto dal primo venditore varrebbe senz'altro di sanatoria al titolo onde l'ipoteca ebbe origine, ed anche al suo modo di acquisto. E di queste due considerazioni, la prima è decisiva.

---

(1) V. gli A. cit. nella n. 1 a pag. preced., op. cit.. l. cit.
(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

430bis. Ma, se lo stato di creditore ipotecario dà per sè diritto a chieder gl'incanti, non è a credere sia questo negato a chi, pur non avendo tal condizione, abbia in rapporto ad un creditore ipotecario tal qualità per cui legalmente gli spetti, o gli possa spettare, il diritto di esercitar l'ipoteca di cui è titolare: nella prima di queste due posizioni è il creditore del creditore ipotecario (1), che, in virtù dello stato suo, ha facoltà di esercitare i diritti, non personali al soggetto, ch'esistono nel patrimonio del suo debitore: e il poter di chiedere gl'incanti è ben patrimoniale, riferendosi alla determinazione dell'oggetto vero, proprio, dedotto nel rapporto ipotecario (alienazione-acquisto di valore). Nella seconda, è il fideiussore del debitore a cui garanzia l'ipoteca è stata costituita (2): per un verso, egli ha l'aspettativa della surrogazione nei diritti del creditore ipotecario, e quindi il poter conferitogli di domandare gl'incanti a fin di esplicare, nella verità ed integrezza sua, quella sicurtà ipotecaria: difatti, l'esercizio che ne faccia il creditore ipotecario cui spetta la fa escire dai termini della surrogazione consentita al fideiussore: salva l'eccezione del *benef. cedend. action.*, se il creditore colposamente abbia trascurato l'istanza dell'incanto. Perciò, l'intervento è conceduto qui al fideiussore, quasi a conservazione di un interesse che per via di surrogazione non potrebbe esercitare più tardi; e d'altro canto si deve pur avvertire, che il fideiussore ha un altro interesse giuridico, immediato, diretto a che s'ottenga il valor esatto della cosa onerata, dovendo egli soddisfare la parte di credito che questa lasci insoddisfatto.

431. Questo diritto non spetta al creditore, quante volte, o la condizione speciale sua, o la ragion dell'acquisto fatto dal terzo possessore vi contraddicano valevolmente: vi contrasta la posizione del creditore quando egli abbia espressamente o tacitamente rinunziato a valersene (3), non avendosi qui, come pel patto di *non vendere*, una clausola contraddicente all'essenza del diritto di pegno; e vi

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., § cit.; Thézard, op. cit., 205; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2441; Dalmbert, op. cit., 144[quater].

(2) V. la n. preced.

(3) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 491; Pont, op. cit., II, 1345; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2446, Dalmbert, op. cit, 145.

Digitized by Google

s'oppone pure il fatto del creditore che abbia acquistato la cosa onerata, non essendo più in poter suo di togliere, come creditore ipotecario, la virtù propria del negozio d'acquisto al qual è concorso, e di far vivere una qualità in lui venuta meno per la confusion seguita.

Del pari, vi contraddice l'obbligazion toltasi dal creditore ipotecario di garantire l'acquisto fatto dal terzo, perchè la violerebbe con la richiesta d'incanto, dal quale l'acquirente garantito potrebbe aver evizione (1): quindi, nel caso di licitazione di cosa comune ogni compartecipante (licitante) tenuto a garantire l'acquirente estraneo, pur avendo ipoteca su parte indivisa della cosa, non potrebbe chiedere gli incanti. Lo potrebbero i suoi creditori personali: l'atto rispetto all'estraneo non val divisione, bensì vendita (2).

Nè, a ragion del modo d'acquisto, il potere or descritto par concedibile ai creditori ipotecarî, se la licitazione fosse avvenuta in conseguenza dell'incanto già chiesto contro un trasferimento anteriore: l'incanto costituisce *purga* dei diritti ipotecarî, e s'è già notato ch'esso non consente di esperire la purga volontaria, essendosi già impiegate le maggiori cautele occorrenti a fissare il valor vero della cosa: talchè riesce inutile il ripeterle.

432. Non basta infine, che il creditore ipotecario abbia il diritto or esposto: è pur necessario sia in lui la *capacità* occorrente ad esercitarlo. Qual essa sia si dubita: asserendosi da taluni, che questo diritto rappresenti una misura puramente conservativa, e sembrando ad altri (3) che non lo possa esercitare la persona non avente il poter di disporre delle cose sue. Delle due dottrine, la seconda par meglio rispondente alla legge, ed alla costruzione qui proposta intorno l'entità della purga: il creditore cui è fatta l'*offerta*, a quel modo che per accettarla dev'essere capace di obbligarsi, dev'esserlo per poterla rifiutare: tanto più, che il rifiuto non basta, e dev'essere accompagnato da obbligazioni speciali vôlte a giustifi-

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. e § cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 491; Troplong, op. cit., IV, 952 e segg.; Pont, op. cit, II, 1346; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III; Dalmbert, op. cit., 145.

(2) Cons. App. Parigi, 26 dic. 1873 (*J. du P.* 1874, 196).

(3) Aubry et Rau, op. cit., § cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 409; Troplong, op. cit., IV, 951 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2450; e cfr. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 174bis, XII; Pont, op. cit, II, 1343.

Digitized by Google

care, e validare il rifiuto opposto. Quindi, il tutore, il minore emancipato, e la donna maritata, potranno valevolmente domandare gl'incanti, quando siano osservate le forme legali richieste a garanzia dell'ordinata incapacità.

433. La domanda degl'incanti, che deve accompagnare il rifiuto dell'offerta di purga, si riferisce, pel rapporto in cui è con la proposta respinta, ai soli immobili sui quali ha ipoteca il creditore che vi procede, ed al *valore* che particolarmente li concerne nella notificazione fatta dal terzo possessore. Rispetto agli immobili sui quali non avesse ipoteca il creditore non ha interesse ad esperimentare gl'incanti, eccezion fatta pel caso che la posizion data dal grado rispettivo, non desse al creditore ipotecario il diritto alla surrogazione ipotecaria come creditore perdente: la purga proposta, ed il rifiuto con l'istanza della vendita, si riferiscono soltanto al diritto reale d'ipoteca di cui egli è titolare. Questo rapporto tra l'*offerta* ed il *rifiuto* giustifica dunque per sè la restrizione della facoltà concessa al creditore al *suo diritto particolare di sicurtà*: e siccome il rifiuto asserisce la sproporzione in meno del valore offerto con quello ch'effettivamente è nella cosa, esso, con l'unitavi domanda degl'incanti, è condotto sulla base del *prezzo*, o del *valore* che nell'offerta vien detto corrispondere alla *cosa* ipotecata al creditore cui la proposta è fatta.

Per la qual considerazione s'è osservato, che la dichiarazione particolare del prezzo in relazione ad ognuno degli immobili acquistati con un solo atto, è termine essenziale alla validità della purga proposta: il valore offerto è la base del nuovo momento della procedura di purga (1), svolgentesi con l'istanza degl'incanti e la maggiore offerta che la determina. Quindi, come il creditore ipotecario cui la notificazione è fatta, ha diritto di chieder gl'incanti rispetto al solo immobile, od ai soli immobili ipotecati pel credito che gli appartiene, e di fissare la maggior offerta sul valor dichiarato, senza che nulla rilevi se il terzo possessore abbia acquistato le cose gravate insieme ad altre (nè può quindi esser costretto

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 294; Laurent, op. cit., XXXI, 511 e seg.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 174bis, VIII; Troplong, op. cit., IV, 935; Pont, op. cit., II, 1364 e seg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. III, 2456; Dalmbert, op. cit., 148.

Digitized by Google

ad estendere la sua maggior offerta a queste ultime, sian esse immobili o mobili, salvo il diritto dell'acquirente di rivolgersi contro il suo autore per essere risarcito del danno sofferto in conseguenza della separazione degli oggetti compresi nell'acquisto, e delle relative coltivazioni); del pari, non ha egli diritto di far la maggiore offerta sull'insieme delle cose acquistate dal terzo possessore con un solo atto, anche se nella notificazione sia stato enunciato il prezzo complessivo, non distribuito per via di ragguaglio fra i singoli immobili (1). Tal difetto renderà invalida l'offerta, come s'è avvertito; ma non può estendere il diritto del creditore oltre i termini a lui segnati dall'entità dell'ipoteca che gli spetta.

Altra sarebbe la decisione, nel caso speciale d'ipoteca costituita su quota di cosa indivisa: se questa, non sopportando comoda divisione, fosse alienata ad un estraneo alla comunione, il creditore ha ben il diritto di far la maggiore offerta sul prezzo intero di acquisto, dichiarato nella notificazione: qui, il fatto della non comoda divisibilità, ch' è stato causa della licitazione ed è affermato come costante dal terzo possessore, che dichiara nella notificazione il prezzo unico complessivo, s'impone all'esercizio del diritto di chieder gl'incanti (2).

434. L'effetto del rifiuto, accompagnato necessariamente dalla domanda degl'incanti, è, che, insieme al togliere ogni valore all'*offerta* fatta dal terzo possessore (il quale, in conseguenza, non riman più vincolato dal suo atto unilaterale), vien surrogata alla base proposta per la liquidazione volontaria un' altra base, costituita dalla maggior offerta cui il creditore instante è tenuto: base questa della liquidazion giudiziale effettuantesi per via dell' incanto. Per tal carattere essenziale all'atto del creditore, il terzo possessore non ha più diritto di rifar proposte, e di offrire il valore come risulta dall'aumento fatto dal creditore sul prezzo da lui prima offerto: gli riman soltanto la facoltà concessagli di offrire il pagamento integrale dei crediti ipotecarî, disinteressando con ciò i titolari dal procedere oltre nell' esecuzione reale. Del pari, l'interesse diretto di ognuno dei creditori ipotecarî nella liquidazione, che col rifiuto e la domanda d'incanto entra in una fase nuova, dichiara agevolmente

(1) C. civ., a. 2053 cit. in f.
(2) App. Parigi 26 dic. 1873 (*J. du P.* 1874, 196).

Digitized by Google

come questa non possa, per la natura e l'estensione sua (determinazione del valor della cosa intera onerata), ristringersi negli effetti al solo instante: quindi, l'atto di un solo tra i creditori ipotecarî è efficace rimpetto a tutti; anche a quelli che avessero lasciato trascorrere il tempo utile per l'instanza, riferendosi esso a *tutta* la cosa (1). Per la qual condizione dei creditori in riguardo all'oggetto della liquidazione, che opera come se fosse instituita da tutti, la desistenza del creditore instante non può impedire la subastazione (2), non toglie cioè agli altri creditori il diritto di procedere oltre nell'esecuzione reale: neppure s'egli pagasse l'importare dell'offerto aumento, perchè il diritto che s'esperimenta con la liquidazione è di ottenere il valor della cosa come sarà determinato giudizialmente, nè l'instante può in alcuna guisa menomarlo con la desistenza sua. A meno che a questa non concorrano tutti i creditori inscritti (3), potendo essi, quando sian capaci, disporre a lor talento dei proprî interessi: oppure, se la desistenza sia giustificata da tali circostanze per cui non paia in alcun modo atto emulativo a danno degli altri creditori, ed anzi sia conforme all'interesse loro, ed a quello dell'instante che l'opera. Il che avviene quando la cosa onerata sia perita senza colpa dell'instante (4), o se la domanda d'incanto e la maggior offerta, sia nulla (5); qui, l'interesse comune dei creditori inscritti suggerisce la convenienza, e più la necessità di non procedere innanzi, e desistere.

Queste norme, per cui nella procedura speciale della purga si esplica il concetto dell'*uguaglianza*, ch'è tra i creditori inscritti rispetto al poter di agire sulla cosa a fin di determinare il *valore* su cui concorrere, son l'applicazione delle norme che l'identico concetto ha suggerito nell'ordinamento generale dell'esecuzione: al creditore che iniziò la procedura di espropriazione han diritto gli altri di surrogarsi (6), e la trascrizion del precetto immobiliare fatta da uno, opera e fissa la liquidazione (esecuzione) rispetto a tutti.

---

(1) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2476.

(2) C. civ., a. 2051.

(3) C. civ., a. 2051 cit. E non occorre l'assenso del terzo possessore; cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., l. cit.

(4) V. Laurent, op. cit., XXXI, 534; Pont, op. cit., II, 1386; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2477; Dalmbert, op. cit., 153.

(5) V. la n. preced.

(6) C. pr. civ., a. 735.

Digitized by Google

485. L'esistenza giuridica della domanda d'incanto fatta dal creditore, è soggetta a determinate forme, che tutte debbono concorrere, sebbene alcune si riferiscano al contenuto dell'atto, ed altre siano estrinseche: e si dice di « *esistenza* », perchè il difetto nell'osservarle induce la nullità assoluta dell'instanza, vôlte come son talune a dimostrare la serietà dell'atto, non inspirato a dispettosa emulazione contro il terzo possessore, e le altre ad aprire la liquidazion giudiziale in relazione alle norme governanti l'esecuzione reale.

Al primo gruppo, tre forme appartengono. Vien come fondamentale l' obbligazione che il richiedente si deve assumere di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato: è per proteggere il terzo offerente contro ogni atto emulativo dei creditori inscritti, è imposto al creditore instante di mostrare com' egli sia convinto della sproporzione in meno tra il valore offerto e quello che realmente è nella cosa; onde il suo giusto interesse a respingere l'offerta di purga. Il qual suo convincimento, la qual serietà di volere egli accerta con l'obbligazione or definita: e perchè tal differenza di valore abbia rilievo concreto che valga come base nuova di liquidazione, s' è pur determinato l' ammontare di questa maggiore offerta: deve consistere nel *decimo* in più del valore dichiarato dal terzo nella proposta di purga (1).

La maggior offerta, così determinata nella sua entità, vien condotta sul prezzo stipulato o sul valore dichiarato nell'atto di offerta: questa è la base necessaria per l' aumento, e consistendo essa nel corrispettivo intero, esatto, dovuto dal terzo in considerazion del suo acquisto, vi debbono essere dedotti tutti gli oneri, sì reali (2) che personali imposti all' acquirente per sola causa del trasferimento voluto. Ma non vi si comprendono quelle obbligazioni incombenti per legge all' acquirente per tal sua qualità, o che l'alienante non ha diritto di esigere in corrispettivo della cosa alienata: quindi, se l'onere imposto al terzo di pagare una rendita costituita sul fondo, o dovuta dall'alienante, si ritien come parte del prezzo, altrimenti avviene dell' obbligazione di pagare le spese dell' atto d'acquisto, e gl' interessi rappresentanti il corrispettivo dei frutti di cui l'acquirente abbia il godimento; interessi ch' egli per tal ragione, nonostante la clausola contraria dell'atto, deve ai creditori iscritti, sebbene

(1) C. civ., a. 2045 cit.
(2) C. civ., a. cit. V. gli Aut. cit. nella n. 4 a p. prec.

Digitized by Google

non siano stati esplicitamente offerti (1). Tutti gli oneri cioè, che non si possono giustificare per via della condizion giuridica derivante dall'atto di acquisto, e la cui stipulazione avvantaggia l'alienante, si debbono intendere qual parte del prezzo, purchè non appaiano, con evidente certezza, semplici motivi dell'atto: in mancanza di tal prova, l'obbligo dell' acquirente di pagare le imposte fondiarie scadute prima dell'acquisto, e i premi di assicurazione dovuti dall'alienante (2), entrano dunque a comporre il corrispettivo; cosicchè, sul prezzo o sul valor dichiarato, e sul valore pur determinato di tutti gli altri oneri imposti all'acquirente e che del prezzo fan parte, dev'essere condotto l' aumento del decimo imposto al creditore instante.

Il quale, per la validità del suo atto, non può fare rispetto all'aumento riserva alcuna, che turberebbe la base certa della nuova liquidazione così iniziata (3): vero è, che non ha poi obbligo di determinare la maggior offerta rispetto ad ogni parte del corrispettivo secondo la designazione fattane nella notificazion di purga (prezzo, o valore, ed oneri speciali pur valutati), parendo bastevole il dire che s'obbliga all' aumento del decimo su tutti i valori che in qualità di corrispettivo sono indicati nella proposta (4).

436. L'obbligazione or descritta, è completata dall'altra che con piena efficacia fa constare la serietà del rifiuto e della maggior offerta, e consistente nell'onere imposto al creditore instante di offrire cauzione per una somma eguale al quinto del prezzo (5); com'è in conseguenza dell'aumento da lui fatto (6): s'ha così la certezza ch'egli non ha voluto aumentare per far atto di dispetto, perchè dell'atto suo, e delle obbligazioni che in conseguenza lo vincolano, dà sicurtà nei modi determinati dalla legge di procedura. Nè rileva s'egli sia persona solvibile, non riferendosi quest'obbligo a garantire la propria

(1) V. la n. preced.

(2) C. civ., a. cit. V. il rinvio nella n. 4 a pag. 574.

(3) Baudry-Lacantinerie, op. cit., III, 2456; Dalmbert, op. cit., 148.

(4) Laurent, op. cit., XXXI, 475 e seg.; Pont, op. cit., II, 1364; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2456; Dalmbert, op. cit., 148. Cfr. Troplong, op. cit., IV, 935 *bis*.

(5) C. civ., a. cit.

(6) Su quest'*entità* del valore cui si riferisce la cauzione, v. Aubry et Rau, op. cit., III, § 294; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 174 *bis*, VI; Troplong, op. cit., IV, 947; Pont, op. cit., II, 1372; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2459; Dalmbert, op. cit., 149.

Digitized by Google

solvibilità, ma a dar contezza della buona fede che ha persuaso alla domanda d'incanto, ch'è gran minaccia all'acquisto del terzo possessore: perciò, se nell'esperimento d'asta, sia poi presentata un'offerta superiore alla sua, soltanto per tal fatto è dimostrata la giustezza del suo rifiuto, e, rimanga o no aggiudicatario dell'immobile, la sua cauzione è liberata (1).

437. Le due formalità esaminate dianzi, hanno poi il compimento in quest'altra ch'è la *prova*, il *titolo* constatante le obbligazioni assuntesi dal creditore maggior offerente: la necessità cioè, che l'originale e le copie della sua richiesta sian firmate da lui o dal suo procuratore munito di mandato speciale, redatto nella forma occorrente pel giudizio di esecuzione (2). E tutte hanno poi, insieme alla causa descritta che le giustifica, un'altra ragion di essere onde son coordinate a quelle componenti il secondo gruppo: perchè la domanda degli incanti, che accompagna il rifiuto del creditore, apre, come s'è già osservato, la liquidazion giudiziale, e questa, secondo le norme generali, abbisogna di un'offerta determinata dal creditore instante, qual base su cui si svolge la procedura. E tal causa, e tal riferimento, dichiarano le altre formalità imposte al richiedente per la validità del suo atto: consiste la prima nella *notificazione per mezzo di usciere della richiesta d'incanto,* che dev'esser fatta al nuovo proprietario nel domicilio eletto nell'offerta di purga (3), o nel domicilio reale (4), ed al proprietario precedente (5); alle parti, cioè, concorse alla costituzion del titolo la cui esistenza è minacciata dalla domanda di subasta, e che in pari tempo son le persone contro le quali la procedura di esecuzion reale si svolge secondo le regole generali, perchè l'alienante o è il debitore che concedette la sicurtà reale, o è terzo costituente l'ipoteca sul debito altrui, e l'acquirente

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2466.
(2) C. civ., a. cit.
(3) C. civ., a. 2043.
(4) Cons. Mattirolo, op. cit., VI, 606, 636.
(5) La ragion di tal notifica, com'è descritta nel testo, mostra, che ancor se i trasferimenti fossero successivi, non occorre sia fatta ad ognuno degli alienanti anteriori: il diritto del *nuovo proprietario* è qual egli lo ebbe dal suo autore immediato. Al quale può ben notificarsi l'atto nel domicilio da esso eletto a tutti gli effetti di legge nel contratto stesso di vendita. Cass. Roma, 9 marzo 1888 (*Legge*, 1888, 1, 759).

Digitized by Google

è il terzo possessore che da lui ebbe causa (1). All'esecuzione difatti si procede pel soddisfacimento (sul valor della cosa) del credito garantito, onde la necessaria intimazione al debitore: tant'è, che se l'alienante non foss'egli l'obbligato, la notificazione dev'essere pur fatta a lui (2): e il terzo possessore interviene al giudizio, perchè la domanda d'incanto qui si svolge in seguito alla sua offerta non accolta, e perchè egli è poi il titolare del diritto di proprietà dedotto nella liquidazione. Nè occorre avvertire, che se più fossero gli acquirenti (anche se un solo avesse fatto l'offerta di purga), o più fossero i venditori, od i debitori, ad ognuno particolarmente dev'essere fatta la notificazione or descritta (3).

E come nell'ordinamento generale dell'esecuzione immobiliare interviene la sentenza del tribunale ordinante la vendita, così, la seconda delle formalità suindicate consiste nella citazione che dev'essere contenuta nella notificazione descritta, a fin d'intimare al nuovo ed al precedente proprietario (ed al debitore, se l'alienante avesse costituita ipoteca pel debito altrui), di comparire dinanzi al tribunale competente, perchè sia pronunziato sull'ammessibilità della cauzione, e sulla richiesta dell'incanto: così, l'autorità giudiziaria deve constatare la correttezza della procedura seguita nel rifiuto dell'offerta dal creditore maggior offerente, e dichiaratala poi conforme al diritto, ordina l'incanto. Il quale, per gli atti preparatori, e per la vendita, s'effettua secondo le regole speciali statuite dalla legge di procedura, richiamante qui quelle generali poste in materia di subasta: come s'è osservato, è liquidazione giudiziale questa che vien determinata dal rifiuto dell'offerta e dall'unitavi richiesta d'incanto sebben vi compaiano alcune particolarità, derivanti dal modo di prepararla, e in ispecie dall'aumento seguito.

S'intende, che fino a quando non sia seguita la vendita (non avendo tal carattere la richiesta del creditore che val come domanda d'incanto, e semplice *offerta* di maggior valore) il terzo possessore può validamente offrire il pagamento (4): non del solo valore rispon-

---

(1) Cons. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 174bis, XVII; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. III, 2467.

(2) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2468; Dalmberi. op. cit., 150.

(3) C. civ., a. 2045 cit.

(4) C. civ., a. 2018 cit.

Digitized by Google

dente alla maggior offerta, ma dell'intero pagamento delle ipoteche iscritte.

438. Le formalità or dichiarate nei concetti che vi son racchiusi, e che fan capo od all'entità stessa della purga, e di un giusto coordinamento degl'interessi del terzo acquirente e dei creditori ipotecari, od all'ordinamento generale sulla liquidazione della cosa onerata (esecuzione reale), debbono essere osservate a pena di nullità; la quale, per la stessa ragion che le giustifica, è vera inesistenza, opponibile da qualunque persona v'abbia legittimo interesse (1).

439. In conseguenza della vendita, l'immobile dedottovi può venir aggiudicato ad altri che non sia il terzo possessore: e l'aggiudicatario, oltre al pagamento del prezzo d'acquisto e di ogni spesa che a questo si riferisca, ed il sopportare le spese fatte per ottener l'incanto, deve rimborsare l'anterior acquirente delle spese tutte del suo contratto, della trascrizione, dell'iscrizione imposta per la valida offerta di purga, dei certificati del conservatore, della notificazione e dell'iscrizione (2): al pagamento del prezzo e delle spese di acquisto è tenuto come acquirente, ed al rimborso delle spese or descritte è pur obbligato, perchè valsero a determinare la procedura che condusse all'aggiudicazion ch'egli ottenne. La liberazione delle ipoteche avvien poi in conformità alle regole che la governano, nel caso di accettazion dell'offerta fatta dal terzo possessore (3).

440. Grave è la disputa sollevata intorno agli effetti di quest'atto, in confronto dell'acquisto già seguìto a favor del terzo possessore: dubitandosi, se, a causa di esso non si debba intendere l'acquisto come risoluto, e considerar quindi l'aggiudicatario qual successore diretto dell'antico proprietario (4), o se invece si debba tenerne conto, quale ragion giuridica dello stato ch'ebbe il terzo possessore rispetto alla cosa (5). Par quest'ultima la costruzione da tenere:

(1) C. civ., a. 2045 cit.

(2) C. civ., a. 2049.

(3) C. civ., a. 2046 cit.

(4) Cons. Troplong, op. cit., IV, 962 e segg.; Martou, op. cit., IV, 1562; Cass. fr. 26 luglio 1894 (Dall., *pér.*, 1596, I, 281).

(5) Aubry et Rau, op. cit., III, § cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 544; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 177*bis* IV; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2515 e segg.; Dalmbert, op. cit., 158; Glasson in Dall. *pér.*, 1888, I, 337.

Digitized by Google

giustificandola la stessa entità del pegno, che lasciando al pignorante la proprietà della cosa gli consente di necessità l'esercizio del poter di disporre, non ledente il diritto acquistato dal creditore per via della costituita ipoteca: cosicchè, se il trasferimento dell'immobile onerato è legittima esplicazione di questo potere, non par corretta la decisione che non tien conto dello stato intermedio che ne deriva, e lo afferma risoluto a causa dell'aggiudicazion seguita. Nè vale obbiettare che ciò procede dal rifiuto dell'offerta di purga: il creditore col rifiutar la proposta non move alla risoluzion dell'acquisto fatto dal terzo possessore, a quel modo che accettandola non lo conferma: egli agisce, in virtù del suo diritto, per liquidare la cosa onerata, determinarla nel suo valore reale (l'oggetto proprio del suo rapporto): e questa liquidazione diretta a purgare il diritto di proprietà, a toglierne il peso che vi è infisso, s'ottiene *liquidando* la *proprietà* stessa, e procedendo a tal fine contro il terzo possessore qual proprietario della cosa onerata. La procedura dell'incanto che segue al rifiuto dell'offerta, non ha dunque nulla di speciale nella sua entità: è l'espressione dell'esecuzion reale, è la liquidazione giudiziale che s'esplica, sebbene eccitata dalla non accolta proposta di proroga.

Con la qual costruzione, rispondente alla lettera stessa della legge dove determina le spese che l'aggiudicatario deve rimborsare all'acquirente anteriore (1), s'intende perchè i diritti reali spettanti sulla cosa al terzo prima del suo acquisto, e poi estinti per la confusione seguita, rinascano (2): cessa difatti lo stato giuridico inducente l'incompatibilità di esercizio di due poteri sul medesimo oggetto; si chiarisce la legge, che il residuo del prezzo di aggiudicazione dopo il pagamento dei creditori iscritti, non attribuisce al patrimonio dell'antico proprietario, chiamandovi pur a concorso i creditori chirografarî, ma al terzo acquirente espropriato; e si giustifica la decisione (che sebbene in contrasto ai principî onde muove è pur accolta dalla dottrina combattuta) insegnante la non valida esistenza sulla cosa dai diritti conceduti dall'antico alienante dopo l'acquisto fatto dal terzo possessore, o concessi prima, ma non valevolmente conservati dai rispettivi titolari. Insomma, non v'è motivo che conforti la distinzione tra l'aggiudicazion seguita contro il terzo possessore in

(1) C. civ., a. 2049 cit.
(2) Cons. e cfr. gli Aut. cit. nelle n. 4 e 5 a pag. preced.

Digitized by Google

genere, e quella seguita contro il terzo possessore la cui offerta di purga sia stata respinta: la condizion sua non muta perciò, e identici sono nei due casi gli effetti della vendita. Per il che, è egualmente riconosciuto al terzo il poter di agire in conseguenza dell'evizione, di esercitare nei termini descritti il subingresso contro altri terzi possessori, ed il suo diritto al rimborso dei miglioramenti, in confronto dell'obbligazione di rifondere i danni dati con colpa grave (1).

440bis. Certo, il fatto che la liquidazion giudiziale ebbe la spinta dall'offerta di purga, ha influito su alcune disposizioni speciali: è valso così a determinare il rimborso delle spese dovuto dall'aggiudicatario (2); e val pure a determinare il momento dal quale il terzo possessore è debitore dei frutti ed interessi della cosa onerata. Ch'è il tempo della trascrizion del precetto fatto a lui (3), l'istante cioè, in cui, secondo l'ordinamento sulla procedura esecutiva immobiliare, s'apre la liquidazione rispetto al terzo: e se l'offerta di purga fosse fatta prima del compimento di tal forma, quel termine è designato dalla notificazione fatta dal terzo possessore a fin di purga; ch'è pur istante iniziale di liquidazione (4). Così la legge, informandosi al criterio tenuto intorno al tempo d'apertura del processo esecutivo, non ha seguito la teoria che fissa qual momento in cui comincierà pel terzo l'obbligo della restituzione dei frutti, la notificazion del precetto, e in difetto la notificazione a scopo di purga (5); non quella che la deduce dal momento in cui pel terzo è cominciato il godimento della cosa: non l'altra, che lo argomenta rispetto alla notificazion di purga, non dal giorno in cui è fatta, ma dal giorno in cui i creditori iscritti abbiano espressamente o tacitamente accettata la proposta (6); non la dottrina che fa cominciar l'obbligo dal momento della notifica a fin di purga, e solo in difetto, dal giorno del precetto (7); e meno ancora, quella che, di regola, li attribuisce ai creditori inscritti dal dì della vendita (8). E ben condusse l'ordinamento

(1) V. la n. preced.
(2) C. civ., a. 2049 cit.
(3) C. civ., a. 2021, al.
(4) C. civ., a. cit. in f.
(5) Aubry et Rau, op. cit., III, § 294; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2434; Tissier, in *J. du P.* 1896, I, 137.
(6) Laurent, op. cit., XXXI, 464; Pont, op. cit., II, 1319.
(7) Colmet de Santerre, op. cit., IX, 172bis, XV; Dalmbert, op. cit., 125, 6°.
(8) Fatta eccezione per quelli che l'acquirente avesse pagato al venditore prima del precetto: Troplong, op. cit., IV, 929 e seg.

Digitized by Google

suo: se l'immobilizzazione dei frutti è conseguenza dell'apertura del giudizio di esecuzione, secondo il potere spettante ai creditori iscritti, il punto in cui la liquidazione incomincia, o per via giudiziale, o per via di purga, doveva giustamente indicare a carico del terzo possessore la scadenza dell'obbligo or descritto. La procedura esecutiva, il potere dei creditori avvolge tutta la cosa, e quindi tutto ciò ch'essa produce.

Dei frutti della cosa, il terzo che li ha percepiti deve render conto qual depositario (1), nè può sostituirli con gl'interessi del prezzo da lui offerto, quasi li abbia acquistati giustamente (2), e gli interessi ne rappresentino il corrispettivo; ond'egli non avrebbe obbligo di renderli, quando la sua entrata nel godimento della cosa fosse differita. E ne dà conto non all'aggiudicatario (3), come se a questo spettassero i frutti della cosa acquistata, con l'obbligo a lui di pagare ai creditori gl' interessi che sarebbero dovuti dal terzo possessore, al quale in cosifatto obbligo verrebbe surrogato: sibbene ai soli creditori. La liquidazione dell' immobile, nello stato in cui è al momento che s' inizia, comprende la cosa, e quanto per sua intrinseca virtù vien prodotto, così da esserne parte; e tal fatto giuridico si riferisce a tutti i creditori, interessati per questa loro qualità alla determinazion del valore ch'è nel patrimonio, e però nelle cose che lo compongono; nè importa se poi il concorso svolgentesi con le norme speciali che lo concernono, rompa tal eguaglianza, esplicandosi esso secondo l'entità particolare dei singoli crediti.

441. Che se invece, nella licitazion provocata dal creditore si rendesse aggiudicatario lo stesso terzo possessore, il nuovo titolo nulla aggiunge alla qualità di acquirente, di titolare della cosa, ch'egli aveva di già; non riman dunque come *confermato* il precedente suo titolo di acquisto (4), e soltanto con la nuova procedura s'è determinato il maggior valore, che, per non soffrire evizione, il terzo possessore s'è obbligato a pagare, il *danno* cioè da lui subito, e di cui dev'es-

(1) C. civ., a. 2085.

(2) Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2512 e segg.; Glasson, in *J. du P.*, 1888, 337.

(3) V. la n. preced.

(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 542; Pont, op. cit., II, 1390; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2495, 2496; Dalmbert, op. cit., 157.

Digitized by Google

sere rifatto. Perciò, egli non è tenuto a trascrivere la sentenza di vendita (1), ed ha regresso contro il suo autore pel rimborso di quanto eccede il prezzo stipulato nel contratto, o del valore dichiarato nel caso d'acquisto a titolo gratuito inducente garanzia (2): e anche per gl'interessi di tal eccedenza, computati dal giorno di ciascun pagamento (3); procedendosi alla liberazion delle ipoteche, secondo il modo che dev'essere tenuto quando l'offerta sia accettata (4).

Cont.: § 10.

D) *Esecuzion reale. Vendita.*

SOMMARIO. — **442.** Contro il terzo possessore che non paghi, o non si valga del diritto di purga, o non abbia rilasciato l'immobile, i creditori ipotecarî possono instare per la vendita coatta della cosa (liquidazion giudiziale). Forme preliminari. Precetto. Forma estrinseca; forma intrinseca. — **443-445** Effetti: momento iniziale della liquidazione. Obbligo di rendere i frutti e di rispondere dei danni dati alla cosa. Diritto ai miglioramenti: come si esplichi. — **446-447.** Garanzia cui il terzo acquirente ha diritto, sia che altri od egli diventi aggiudicatario della cosa.

442. Giusta il potere che ha sulla cosa, il creditore ipotecario, quando il terzo possessore non purghi volontariamente il suo diritto di proprietà dall'onere di sicurtà reale che vi è infisso, o pagando, o procedendo alla purga, può ben promuovere contro di lui l'esecuzione a fin di determinare il valore ch'è nell'immobile gravato (5); nè altro è lo scopo di questa liquidazion giudiziale: consistendo l'ipoteca sul valor della cosa, il suo esercizio induce la necessità di ridurre *tutto* l'oggetto, e quindi il diritto di proprietà onerato nel *valore corrispondente,* a fin di attribuire al creditore ipotecario la quantità che di esso gli è stata alienata con la costituzion dell'onere. Nè su questo concetto, ch'ebbe già la sua esplicazione, occorre d'insistere; e si può correttamente inferirne, come già s'è dimostrato, che contro al terzo possessore si procede dal creditore, non perch'egli sia personalmente obbligato pel credito garantito, ma

(1) C. civ., a. 2050.
(2) C. civ., a. 2052.
(3) C. civ., a. 2952 cit.
(4) C. civ., a. 2050, 2046.
(5) C. civ., a. 2014. Sull'istituto della purga, v. da ultimo il C. civ. giapponese cit., a. 382 e segg.; il Prog. di Cod. civ. svizzero (Berna, 1899), § 875.

Digitized by Google

qual proprietario della cosa onerata; agisce cioè in virtù del suo diritto reale imposto sulla proprietà del terzo, e quindi per la quantità, non del credito, bensì del valore contenuto nella sua ipoteca; purchè, s'intende, non sia superiore a quello ch'effettivamente è nel credito, chè altrimenti ne avrebbe offesa la relazion di accessorietà ond'è qualificata la sicurtà ipotecaria. E occorse già di descrivere quali eccezioni contro la pretesa del creditore si possano proporre dal terzo, il quale validamente potrà obbiettare la carenza di diritto nell'instante a procedere all'esecuzion reale, quando egli abbia offerto od offra il pagamento, oppure in termine proponga l'offerta di purga; ma non potrà eccepire il difetto nell'agente di utile collocazione, non potendo il modo del concorso limitare al creditore il diritto (eguale in tutti i creditori) di procedere alla liquidazion della cosa (1).

All'esecuzione reale si procede per via di precetto; e nella descrizione fatta della condizion giuridica del terzo possessore, s'è detto delle forme che debbono concorrere perchè sia valido. Dev' essere cioè notificato al terzo possessore nei modi e termini statuiti dalla legge di procedura (2); e siccome il gravame per cui si procede contro al terzo, ha la sua ragion di origine nel *credito*, questa riferenza della sicurtà al rapporto personale garantito induce la necessità ch'esso sia preceduto dal precetto di pagare, intimato al debitore (3). Ma il precetto al terzo non sta senza il precetto al debitore, perchè all'esecuzione si procede pel pagamento del creditore, e l'intimazione al terzo è fatta non qual debitore, bensì qual possessore: nè vien quindi iniziata correttamente, se i due precetti, riferentisi l'uno alla ragion personale garantita, e l'altro alla ragion di sicurtà che la tutela, non s'accompagnino, riunendosi così i due termini esplicanti il poter di agire pel soddisfacimento del credito. Onde la nullità del precetto fatto al terzo, se il precetto fatto al debitore sia invalido, oppure sia caduto in perenzione (4);

(1) C. civ., a. 2015 cit.

(2) C. civ., a. 2014, cit. al.

(3) C. civ., a. 2014. Cons. Mattirolo, op. cit., VI, n. 525, 526; Aubry et Rau, op. cit., III, § 287; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2123.

(4) Cass. fr. 17 marzo 1886 (*J. du P.* 1886, 1, 505). Aubry et Rau, op. cit, III, § 87; André, op. cit., 985; Dalmbert, op. cit., 118*quater*. Ma cfr. nel senso che il terzo può opporre il difetto delle sole forme intrinseche, le nullità cioè che renderebbero inesistente il precetto, Troplong, op. cit., III, 795; Pont, op. cit., II, 1148; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2138.

Digitized by Google

o se questo sia notificato posteriormente a quello, dovendo esso precedere, qual termine fondamentale dell'esecuzione, che s'apre appunto a ragion del non soddisfacimento dell'obbligo (1); quanto meno i due precetti debbono essere notificati nel medesimo giorno, sebbene, argomentando dalla considerazion descritta, e dalla stessa lettera della legge (2), paia che nel precetto fatto al terzo possessore si debba dire ch'è seguita la notificazione di quello ch'è fatto al debitore. Il quale alla nullità che ha diritto di opporre (il debitore non vi avrebbe interesse) può rinunziare anche tacitamente; come avverrebbe se opponesse, secondo ne ha facoltà (3), eccezioni in merito, senza far alcuna instanza rilevante l'invalidità occorsa.

Qual sia l'entità del precetto al terzo possessore, s'è detto, e siccome, per la riferenza or avvertita tra i due atti, in questa intimazione dev'essere contenuto, come sua ragion di essere immediata, il precetto di pagare fatto al debitore, così di quest'ultimo dev'essere pur data significazione al terzo (4), intimandogli di *pagare* o di *rilasciare* l'immobile: forma *caratteristica* del precetto che lo concerne, in conseguenza della condizion sua rispetto alla cosa. Che l'immobile di cui si minaccia la vendita al terzo, non perchè debitore, ma soltanto qual possessore, debba essere ben determinato, s'intende: costituendo esso l'oggetto sul quale vien intrapresa l'esecuzione reale.

443. L'esecuzione (segua la vendita contro il terzo, oppur egli effettui, come si dirà, il rilascio della cosa onerata) determina speciali rapporti fra i creditori ed il terzo, per quanto si riferisce ai

(1) Mattirolo, op. cit., VI, n. 527 e segg.; Aubry et Rau, op. cit., III, § 287; Laurent, op. cit., XXXI, 236. Così il creditore instante accerta contro il terzo la condizion sua giuridica rispetto al valido esercizio del suo diritto, dimostrando con l'eccitamento dell'azion personale, la relazione di accessorietà della garanzia; ma cfr. Martou, op. cit., III, 1267, op. cit., 1267; Troplong, op. cit., III, 791; Pont, op. cit., II, 1141; e v. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2132 e seg., che ritengono valida la contemporanea notificazione dei due precetti.

(2) Cass. Roma, 14 dic. 1899 (*Legge*, 1900, I, 112).

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2134. Cass. fr. 7 marzo 1893 (*J. du P.* 1896, I, 348). Ma non pare, trattandosi di forma essenziale all'atto, che il difetto o la nullità del precetto intimato al debitore si possa sanare ripetendo l'intimazione: cfr. Troplong, op. cit., III, 790; Pont, op. cit., II, 1150; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2136.

(4) Basta cioè che della notificazione del precetto fatto al debitore, sia fatta menzione nel precetto intimato al terzo. V. la n. 2.

Digitized by Google

miglioramenti: e per converso, ai danni da lui recati all'immobile ed al debito dei frutti; vero, che il diritto dei creditori a chiedere la responsabilità per danni cagionati esiste in virtù del poter loro, nè in modo particolare ha tratto all'esecuzione, ma è pur opportuno esporlo qui, a fin di porlo in relazione con l'ordinamento statuito sul credito che il terzo ha pel rimborso dei miglioramenti.

Il diritto di agire pei danni deriva ai creditori dal rapporto reale di cui son titolari, come s'è osservato (1), nè ampia dimostrazione occorre a giustificarlo; il valore alienato per via della costituzion dell'ipoteca è quello ch'è nella cosa al momento in cui vien fissato l'onere, e perciò hanno interesse giuridico a pretendere che l'oggetto su cui cade il loro acquisto non soffra alterazione per fatto di alcuno. Cosicchè, se la diminuzione fosse cagionata dal concedente, questi, legato com'è dalla legge di concessione, deve la garanzia già descritta: e se lo fosse dal terzo, questi è obbligato pel non giusto esercizio del poter suo (proprietà), limitato dal diritto d'ipoteca infisso nella sua ragion di dominio. Di tal obbligazione è causa il fatto illecito non contrattuale, a quel modo che avverrebbe se altri desse danno ingiustamente alla cosa ipotecata: ma diverso è il grado di colpa che nei due casi deve concorrere a costituir la responsabilità; se, per ordinario, qualunque negligenza sarebbe bastevole a render l'agente in colpa, pel terzo possessore s'è invece pensato a conciliare la ragion sua di dominio col diritto reale spettante ai creditori ipotecari, e s'è così ristretta la sua responsabilità soltanto al danno dato con colpa *grave* (2).

L'azion relativa, secondo la giustificazione data alla pretesa, spetta ai soli creditori ipotecari, non anche ai chirografari, che non hanno diritto reale sulla cosa pel valore ch'è in essa, e non sono perciò in relazione col terzo possessore a favor del quale la cosa è uscita dal patrimonio dell'obbligato (3); e vôlta com'è a rendere indenni gli interessati dal deterioramento dato, può essere instituita ancorchè la procedura esecutiva non sia iniziata (4), e sebbene il credito

(1) V. il pres. cap. in pr.

(2) C. civ., a. 2020.

(3) Cons. Persil, op. cit., s. l'a. 2175, n. 2.

(4) Aubry et Rau, op. cit., III, § 287; Laurent, op. cit., XXXI, 303; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 156 bis V; Troplong, op. cit., III, 832; Pont, op. cit., II, 1200; Thézard, op. cit. 181; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2203; André, op. cit., 1023.

Digitized by Google

dell' agente non sia pervenuto ad esigibilità (1). Ma il pagamento dell' indennità ai creditori non può seguire prima dell' esecuzione; soltanto il fatto che la liquidazion della cosa non dia il valor bastevole a soddisfare gli oneri ipotecari, dimostra il danno effettivo patito, e quindi l'interesse certo ad ottenere il risarcimento (2): ch'è poi ragion giuridica al terzo obbligato di chiederne la restituzione al suo autore pel caso di evizione, risolvendosi il pagamento fatto in una diminuzione del suo potere, avvenuta pel mancato adempimento dell'obbligazione personale.

444. Al rimborso dei miglioramenti dati alla cosa ha poi diritto il terzo possessore: li ha ben fatti come proprietario (3) e perciò può pretendere soltanto quelli che abbia fatto dopo la trascrizion del suo titolo, dove questa occorra (4); a quel modo che non deve danneggiar l'immobile, rispettando il diritto reale dei creditori ipotecari, questi, rispettando il diritto suo, non possono vietargli che li faccia, nè pretendere che, accedendo essi alla cosa onerata, possano avvantaggiarsene con ingiusto detrimento del terzo. Il quale, in considerazion del diritto ch'esercita compiendoli, ha il potere di separarne il valore, come avviene al possessore di buona fede; e, fatta eccezion pel caso che non di miglioramenti si tratti, sibbene di spesa vôlta alla conservazion vera della cosa (chè allora gli spetterebbe il rimborso intero (5)), la misura del suo diritto è data, secondo il criterio estimativo dell'illecito arricchimento, dalla differenza della minor somma risultante tra lo speso ed il migliorato al tempo dell'esecuzion reale, e cioè del rilascio o della vendita all'incanto (6). Ch'è il tempo in cui, operandosi la liquidazion della cosa, s'accerta se miglioramento vi sia, e qual ne sia l'entità, per dedurne

(1) V. la n. preced.

(2) V. la n. preced.

(3) Perciò non spetta il diritto conceduto dall'art. 2020 C. civ. al terzo che con materiali proprî costruisce sul suolo altrui, e da lui non posseduto. App. Torino 25 maggio 1896 (*Legge*, 1896, II, 595).

(4) C. civ., a. 2020 cit.

(5) Cfr. Aubry et Rau, op. e l. cit., Troplong, op. cit., III, 839bis; Pont, op. cit. II, 1208; Dalmbert, op. cit., 158ter; ma v. Laurent, op. cit., XXXI, 304 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2205.

(6) C. civ., a. 2020 cit. Così, la legge italiana ha tolto ogni ragion di disputare, come avvien per la legge francese (C. civ. fr., a 2157), sull'estension del diritto del terzo nel caso che le spese siano inferiori al valor dell'aumento. Su ciò vedi Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2206.

Digitized by Google

il diritto del terzo al *valore* nella misura così descritta; il terzo concorre cioè nella liquidazione a fin di separare dal valore ottenuto la parte *sua*, e questa separazione è il modo di esercitar il suo diritto in confronto dei creditori iscritti. Perciò, non gli è consentito, come al possessore di buona fede, il benefizio di ritenzione (1): ridotto il suo diritto ad una certa parte del valore, concorrendo egli cioè alla liquidazione, ha interesse a sollecitarla, non a procrastinarla(2); tra lui ed i creditori vi è parità d'interessi per l'identico oggetto su cui insistono (il valor della cosa), mentre vi è contraddizione tra l'interesse del possessore di buona fede (*valor* dei miglioramenti) e quello del rivendicante (proprietà della cosa).

Ma se il terzo possessore ha questo diritto al rimborso anche se i miglioramenti sian fatti dal suo autore (o dal possessore antecedente, salva a questo ogni ragion personale contro di lui) derivando esso dai termini di coordinamento tra la *proprietà* della cosa, di cui egli è titolare, e il contenuto del potere spettante ai creditori ipotecari, può esercitarlo in quanto tal condizione conservi al momento dell'esecuzion reale; se l'acquirente avesse in questo tempo già perduta la proprietà, per averne altri fatto acquisto, gli mancherebbe ogni ragion di concorrere, reputandosi trasmesso tal diritto col dominio. A meno che l'atto di trasmissione non contenesse una riserva espressa su questo punto; chè allora, pur non considerandolo come *diritto reale al valore* potrebbe ben egli concorrere, esercitando come creditore del terzo possessore le ragioni cui questo pei miglioramenti avrebbe diritto di pretendere in confronto dei creditori iscritti.

445. Gli effetti che in modo diretto si svolgono dal precetto, si riferiscono, come nell'ordinamento generale sull'esecuzione, all'immobilizzazione dei frutti, ed alla vendita cui per esso si procede. La trascrizione induce per ordinario la prima di queste due conseseguenze, con l'iniziare la procedura di liquidazione: ma rispetto

---

(1) C. civ., a. cit.

(2) Basnage, op. cit., ch. XVI; Aubry et Rau, op. cit., III, §§ 256bis, e 287; Laurent, op. cit., XXXI, 309; Troplong, op. cit., III, 836; Pont, op. cit., II, 1208; Thézard, op. cit., 183; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2171, 2207; André, op. cit., 1025. Ma cfr. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 156bis III.

Digitized by Google

al terzo possessore, a ragion del suo diritto sulla cosa, e della sua condizion di buona fede (avendo egli giusta ragion di credere al momento dell'acquisto, che il debitore del credito garantito soddisferebbe ai presi impegni), non è bastevole quest'atto. Occorre l'*intimazione* del precetto *trascritto* di far il pagamento, od il rilascio, ch'è appunto quello a lui diretto; l'intimazione scuote la sua buona fede, gli fa conoscere che la giusta supposizion sua intorno la diligenza dell'obbligato è contradetta dal fatto, mentre nell'ordinamento generale sull'esecuzione, il *debitore* non abbisogna di aver notizia di quanto egli sa di non aver compiuto, e la trascrizione opera la immobilizzazione dei frutti. I quali, secondo il concetto or esposto, son dovuti dal terzo possessore, siano essi naturali o civili (1), dal giorno dell'intimazione, o della rinnovata intimazione se la proposta istanza sia stata abbandonata per lo spazio di un anno.

446. Il secondo effetto è poi quello di aprire il giudizio vôlto alla vendita, che non può aver luogo avanti siano trascorsi trenta giorni dalla notificazion descritta (2); e che segue, secondo le regole generali, e le altre speciali, ordinate dalla legge di procedura. Intorno alle conseguenze sue, basterà ricordare, ch'essa, quando altri siasi reso aggiudicatario, *non risolve l' acquisto* del terzo contro cui s'è proceduto alla liquidazion della cosa, e quindi del diritto di proprietà; perciò, le ipoteche valevolmente costituite contro il terzo non perdono virtù (3): e le servitù, le ipoteche, e gli altri diritti già spettanti al terzo sopra l'immobile, o le servitù che spettavano a questo immobile su altro immobile a lui appartenente, rivivono dopo la vendita, com' esistevano prima ch'egli facesse il suo acquisto; la confusione che aveva indotto l'estinzion di questi diritti, è venuta meno purchè debitamente sia stata conservata: le ipoteche, che per l'ostacolo giuridico derivante dall'acquisto, erano rimaste soltanto paralizzate, inerti, riprendono vigore. La stessa ragion di decidere dichiara parimenti, come estinti, i crediti iscritti, il residuo del prezzo sia di spettanza del terzo possessore espropriato, essendo suo il diritto di proprietà che vien liquidato, non quello del suo autore; contro il quale ha egli diritto di agire per l'evizione,

(1) C. civ., a. 2021.
(2) C. civ., a. 2014.
(3) C. civ., a. 2017.

Digitized by Google

come ha pur diritto di agire in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi ipotecati per gli stessi crediti, secondo i termini ch'è gia occorso di descrivere (1).

Nè per l'esercizio dell'azion di garanzia deve attendere la vendita della cosa, costituendo l'intimazion del precetto il pericolo certo, immediato, onde ha interesse legittimo a richiedere difesa dal suo autore; la qual decisione risponde al contenuto dell'obbligo di garantire, secondo le regole generali statuite dalla legge: e pur in conformità a tali norme dev'essere valutata l'estension dell'obbligo che per siffatta causa può incombere all'autore del terzo espropriato. Il titolo dunque, e in difetto la legge, determina qual'essa sia.

447. Se il terzo diventasse aggiudicatario della cosa, avrebbero origine dall'acquisto quei medesimi rapporti coi creditori iscritti, e col proprio autore (o con altri terzi possessori), ch'è già occorso di descrivere nello studio degli effetti di tal aggiudicazione nel caso di offerta di purga non accolta (2); non v'è difatti ragion che vieti di applicar qui lo stesso ordinamento pei danni che il terzo può pretendere dal suo autore, riducendosi in ambi i casi il suo pregiudizio patrimoniale all'eccedenza pel nuovo prezzo (e ad ogni altra spesa accessoria) salva, s'intende, la diversa convenzione speciale delle parti interessate. Ma se il prezzo fosse inferiore a quello del suo acquisto, non perciò egli non dovrà pagare il di più (3); l'obbligo suo è validamente costituito dal primo titolo, e questo dal nuovo non patì risoluzione, nè alterazione veruna (4).

E) *Del rilascio.*

SOMMARIO. — **448.** Ragion giuridica del rilascio. Contenuto suo, e conseguenze rispetto ai diritti spettanti sulla cosa al terzo prima del suo acquisto, alle ipoteche ch'egli vi avesse constituito, al residuo del prezzo di vendita ed alla garanzia dovuta al terzo che l'effettua. — **449-450.** Conseguenze rispetto ai frutti; ai danni dati con colpa grave, ed ai miglioramenti recati alla cosa. — **451.** Capacità occorrente a farlo; tempo e modo di eseguirlo.

448. Del rilascio cui può procedere il terzo possessore, in quanto non è personalmente obbligato al pagamento del credito garantito,

(1) V. il § preced. C. civ., a. 2022.
(2) V. il § preced.
(3) Cfr. tuttavia Cass. fr. 20 ott. 1897 (*Gaz. du Pal.* 1897, 10 nov.).
(4) V. il § preced.

Digitized by Google

e deve patire la liquidazion della cosa, e quindi del suo diritto, soltanto perchè acquistò la proprietà con l'onere, s'è già detto (1); e s'è accertato com'esso sia un modo speciale dell'*abbandono*, qual mezzo dato per liberarsi a chi sia obbligato *ob rem*. Modo di essere, chè troppa è la differenza tra questa figura particolare e l'abbandono rispetto alla *obbligat. quoad rem*, in cui la proprietà, della cosa induce con la determinazion del soggetto passivo del rapporto di credito, l'obbligazione personale di pagare; qui (2) sebbene in alcune legislazioni avvenga diversamente, pel sovrapporsi del rapporto reale al personale garantito) (3) di vincolo personale non v'ha traccia, e, come si vedrà, non può esservene; ed il rilascio è forma speciale dell'abbandono, nel senso, che l'obbligazion derivante al terzo dal suo acquisto è di sopportare, in qualità di titolare della cosa, che l'esecuzione reale segua *contro di lui*. Cosicchè, come l'abbandono è mezzo liberatorio quando si lasci dal titolare quella condizion sua rispetto alla cosa ch'è ragion dell'obbligazione: come cioè l'entità del diritto che s'abbandona è in rapporto con l'obbligazione di cui si vuol essere liberati: qui, il rilascio contiene l'abbandono di quella sola posizion giuridica determinante l'obbligazione al terzo di sopportare gli atti esecutivi; egli abbandona la cosa onerata perchè si agisca su di essa e non contro di lui, la rilascia ai creditori, a fin di liberarsi dal solo obbligo che gl'incombe, *e la deduce con ciò in istato di liquidazione che inizia, se già non fosse iniziata*.

In questo senso, il rilascio è forma speciale dell'abbandono, che avviene a fin di liquidazione, e il contenuto suo è così posto in rapporto all'entità dell'obbligo che per esso vien tolto; quindi, nè fa perdere al terzo il diritto di proprietà, nè lo trasferisce ai creditori inscritti: e però, non pregiudica le ipoteche valevolmente costituite contro il terzo possessore (4): nè ad altri che a questo, spetta quanto del prezzo di vendita rimanga dopo il pagamento degli oneri ipotecari (5). E non fa contro di ciò, il potere del terzo di agire

(1) V. il pres. cap. in pr.
(2) C. civ., a. 2013, 2016.
(3) C. civ. germ., § cit.
(4) C. civ., 1. 2015 in f. Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 287.
(5) C. civ., a. 2092 in f. S'intende, che di fronte ai terzi cessa nel rilasciante dal momento in cui la procedura di liquidazione è stata aperta, ogni poter di disposizione e di amministrazione: salva, s'intende, la custodia che gli è imposta dalla legge. C. civ., a. 2018 in f. V. in seguito.

Digitized by Google

in garanzia contro il suo autore, nei termini del titolo d'acquisto, o della legge (1), essendo il rilascio determinato dal pericolo certo di evizione cui il terzo va incontro; e neppur fa, che dopo il rilascio da lui fatto rivivano, come s'è detto della vendita, la servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali a lui già spettanti sopra l'immobile, e le servitù costituite a favor di questo su altro immobile suo: il diritto di proprietà è dedotto in liquidazione: cessa perciò quello stato giuridico d'impedimento che avea cagionato l'estinzion di questi rapporti, sebben possa rinnovarsi nel caso che il terzo rimanga aggiudicatario nella vendita coatta.

449. In coerenza al principio or posto sull'entità del rilascio, s'intende che, dal giorno in cui avviene, i frutti della cosa spettano ai creditori inscritti, purchè il rilascio non sia stato preceduto dall'intimazion del precetto, dovendo allora il terzo possessore, per la liquidazione già cominciata, render conto dei frutti (naturali o civili) fin dal giorno in cui gli venne fatta (2), com'è occorso di avvertire rispetto alla vendita. E non incombendogli dovere alcuno di aumentare la garanzia reale dei creditori, ha pur diritto al rimborso dei miglioramenti nella misura che occorse già di descrivere (3), e quale risulterà al tempo del rilascio; rappresentano essi un di più di valore, che, pel suo diritto, egli dette all'immobile, e che perciò, come cosa a lui spettante, può separare dal prezzo, Ma in pari tempo non ha egli il potere di recar diminuzione al diritto dei creditori, e quindi l'obbligo suo di rispondere dei danni che avesse recato alla cosa con colpa *grave*, misurata secondo il criterio che la legge tenne nel coordinare il diritto di proprietà con la ragion reale d'ipoteca (4); ai creditori, s'intende, con ipoteca inscritta prima del suo acquisto, perchè rispetto a quelli aventi causa da lui, s'esplica giusta le regole generali, la ragion della garanzia.

450. Cessano gli effetti del rilascio, in relazione ai creditori iscritti, col *pagamento*, che può valevolmente seguire prima della vendita all'incanto (5), e che non soltanto dal terzo possessore, o da altri

(1) C. civ., a. 2022 cit.
(2) C. civ., a. 2021 cit.
(3) C. civ., a. 2020 cit.
(4) C. civ., a. 2020 cit. V. il § preced.
(5) C. civ., a. 2018.

Digitized by Google

per lui, può venir effettuato, ma anche dallo stesso autore del terzo, interessato a liberarsi dall'obbligazion di garantire. Perciò, il terzo che avesse rilasciato non può rifiutarsi a riprendere la cosa, quando il suo autore tenuto alla garanzia paghi i crediti ipotecarî, e dissipi così le molestie che ne minacciavano l'acquisto: si scioglierebbe altrimenti a suo puro arbitrio da un vincolo obbligatorio valevolmente costituito.

Che se il terzo paghi, rimane a lui inalterato il diritto di agire contro il suo autore per evizione; il pagamento, quando è unico modo di evitar l'evizione certa, obbliga l'autore come se questa sia stata effettivamente seguita.

451. Il rilascio, in quanto può esser fatto soltanto dal terzo possessore, richiede, perchè avvenga in modo valido, che il terzo non sia *obbligato personalmente* pel credito garantito dall'ipoteca onerante l'immobile (1), e la ragion di tale condizione, e le ricerche occorrenti ad esplicarla, vennero di già esposte (2); in quanto poi per essa vien la cosa dedotta nella liquidazione, o abbandonata alla liquidazione iniziata, il terzo che la compie deve aver la capacità di alienare (3). Cosicchè, rispetto alle persone soggette alla potestà altrui, non vi si può procedere se chi le rappresenta non vi sia autorizzato con le forme stabilite per esercitare atti di disposizione, o se chi ha la potestà non autorizzi egli l'incapace (4).

E lo si può compiere *soltanto dopo il precetto* intimato al terzo di pagare o di rilasciare (5), costituendo esso il pericolo certo di evizione col recar a notizia del terzo la mora del suo autore; e prima che sian cominciati gli atti di vendita, o dopo; se prima, gli atti verran fatti contro la cosa: se dopo, proseguiranno contro di essa gli atti iniziati contro il terzo, il quale rilascia a fin d'impedire

(1) C. civ., a. 2016 cit. V. il pres. cap. in pr.

(2) V. la n. preced.

(3) C. civ., a. 2016 cit.

(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 287; Laurent, op. cit., XXXI, 295; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 152bis XVI; Martou, op. cit., III, 1288; Thézard, op. cit., 175; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2189; André, op. cit., 1017. Cfr. Troplong, op. cit., III, 820; Pont, op. cit., II, 1172, che non stimano necessaria l'omologazione del Tribunale all'autorizzazione del consiglio di famiglia.

(5) Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2190.

Digitized by Google

che l'esecuzion reale sia compiuta in riguardo a lui (1). La forma occorrente a compierlo consiste nella dichiarazione di rilascio fatta alla cancelleria del tribunale competente per la subastazione, che ne rilascia il certificato al terzo; ch'è tenuto alla *custodia*, con gli obblighi di sequestratario giudiziale (2), fino a quando non sia nominato dal tribunale l'amministratore dell'immobile rilasciato (3). È contro questo amministratore, la cui nomina avviene sull'istanza di qualunque degli interessati (e cioè il terzo, per liberarsi dall'onere della custodia; i creditori ed il debitore a fin d'impedire il deterioramento della cosa) che debbono essere iniziati, o proseguiti, gli atti di vendita, secondo che il rilascio sia stato effettuato prima d'incominciarli, o dopo ch'ebbero principio (4).

CAPITOLO X.

L'estinzione del diritto d'ipoteca.

Generalità

Sommario. — **452-452bis**. Partizione dell'argomento: e concetti generali su cui è condotta.

452. Il concetto dichiarante la distribuzione delle cause per cui l'ipoteca s'estingue, venne già discusso e fissato nello studio generale condotto sul diritto di pegno (5): e a fin di connettervi la presente trattazione speciale, basterà s'osservi, come considerata la duplice maniera di essere dell'ipoteca che (secondo avvien del pegno)

---

(1) Cons. Aubry et Rau, op. e l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 153bis Martou, op. cit. III, 1304; Pont, op. cit., II, 1186; Thézard, op. cit., 176; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2191. Ma cfr. nel senso che cessa la facoltà di rilasciare dopo il termine del precetto, Laurent, op. cit., XXI, 278; André, op. cit., 1069.

(2) C. civ., a. 2019.

(3) C. civ., a. 2019 cit.

(4) C. civ., a. 2019 cit.

(5) V. il vol. I, cap. ult. All'indicazione delle legislazioni cit. su quest'argomento dell'estinzione del diritto d'ipoteca, aggiungansi il Cod. civ. germ., §§ 1168 e segg.; il cod. civ. giapponese, ed. cit., §§ 396-398; il prog. del Cod. civ. svizzero, ed. cit., §§ 872 e segg.; e il Prog. del C. civ. brasil. compil. da Bevilacqua (Rio de Janeiro, 1900) a. 992-996.

Digitized by Google

ha in sè la ragion della garanzia, e per tale aspetto è quasi rapporto *accessorio* al credito garantito, e contien poi l'alienazione del valore ch'è il carattere precipuo ond'è distinta qual titolo reale, a due gruppi si possono riferire le *cause* onde n'è prodotta l'estinzione. Perchè, v'ha *cause* che direttamente riguardano il credito garantito, e lo estinguono, e allora pel necessario rapporto di origine tra l'ipoteca e l'obbligazion garantita anche la sicurtà ha fine: la garanzia non avrebbe più ragion di essere, mancando il credito cui deve connettersi; e altre cause v'hanno che si riferiscono direttamente all'estinzion dell'ipoteca, considerata qual diritto costituito sulla cosa, non per sè, sibbene pel valore ch'è in essa: il rapporto reale di sicurtà verrebbe meno, senza che per ciò s'estingua o s'alteri l'obbligazione già garantita.

Queste le *cause* che determinano l'estinzion del diritto d'ipoteca, i modi di essere del *titolo* che valentemente può porvi termine; perchè, come l'esistenza dell'ipoteca esige il concorso dei due momenti che son la *creazione* e la *costituzione* dell'onere, l'estinzion di essa vuole il concorso della *causa* idonea a produrla, e della *cancellazione*, qual forma opposta all'*iscrizione* occorrente a darle nascita. Ma, pel sistema tenuto dalla legge rispetto alla *pubblicità* necessaria a determinar l'acquisto dei diritti reali, la permanenza dell'iscrizione, a differenza di quel che avviene negli ordinamenti legislativi informati al contratto reale *(Realvertrag)* ed ai *libri fondiarî* (1), non dichiara per sè, accertandola fuor di dubbio, l'esistenza dell'onere e del credito: come in questi sistemi l'iscrizione ha effetto limitato per le ipoteche dette *di garanzia* (2), così, secondo la legge italiana, l'iscrizione lascia intatta la virtù estintiva, derivante dalla cessazione dell'obbligazion garantita, e qualunque interessato (anche un creditore soltanto chirografario) potrà opporre ch'essa è inutile, che ha perduto la sua ragion giuridica di essere. Perchè, secondo è occorso di avvertire descrivendo lo sviluppo storico del-

(1) La risoluzione dipende tutta dall'ordinamento dato all'acquisto e conservazione dei diritti reali: e del quale, se a ciò non concorra l'efficace sussidio della dottrina interpretante l'istituto della *trascrizione*, non esiste che troppo debole traccia nella legislazione francese, e in quelle altre legislazioni che, secondo avvenne all'italiana, la tennero a guida. Cons. e cfr. il C. civ. germ., § 1138 cit. e la Legge spec. cit. sul libro fondiario; e v. ora nel medesimo senso, il Prog. di Cod. civ. svizzero, §§ 1070-1076; ed il Prog. del Cod. civ. brasil., a. 999.

(2) C. civ. germ., § 1184 cit.

Digitized by Google

l'ipoteca, l'elemento originario suo di « *esecuzione reale* » si venne restringendo poi dinanzi all'altro termine preponderante della « *garanzia* », nè s'ebbe l'ordinamento tecnico della pubblicità in modo, che la maniera di acquisto restituisse al rapporto di onere reale quell'importanza maggiore che la sua entità avea perduto; ma ciò non toglie, che in alcuni casi la permanenza dell'iscrizione induca, nonostante l'estinzion del credito, non la fine, bensì il solo affievolimento della sicurtà. Il che avviene in particolar modo, secondo la legge, quando per via di confusione sia estinto il credito; cosicchè, l'eccezione dipenderebbe non da diversa ragione dell'ipoteca o da virtù intrinseca dei registri ipotecarî, sibbene dall'entità della *confusione*, che pon fine al diritto per l'impedimento o l'impossibilità giuridica di esercitarlo, e finchè duri quel certo stato che la determina: ond'è, che cessando questo, e non essendo intervenuta altra causa estintiva *(rebus integris)* il rapporto può rivivere (1). Vero è, che la legge di tal virtù dispone, non rispetto alla confusione in genere, ma soltanto in alcuni casi dove questa apparisce pel concorrere nel medesimo titolare il diritto d'ipoteca ed il diritto onerato (2): ma, insistendo nella costruzion già proposta (3), non v'è ragione che vieti di estendere l'ordinamento al caso di estinzion del credito per confusione, ed anche al pagamento (4), nel senso che questi due fatti indurrebbero l'impossibilità di esercitare l'ipoteca (non cancellata) e, quante volte pel risorgere del credito, o di un credito cui si possa connettere, cessi tale ostacolo, il rapporto ipotecario riprende vigore. Il diritto reale di sicurtà, che ha figura giuridica propria, indipendente (5), riman paralizzato per gli avvenimenti che influiscono sull'esistenza dell'obbligazione garantita, ma ripiglia la sua virtù, quando si possa connettere ad una ragion di credito onde gli venga nuovo vigore: la legge, è vero, accoglie questo concetto pel caso in cui rivive *lo stesso* credito garantito (6); pure, la stessa ragione giuridica domina anche il caso d'ipoteca unentesi ad altro credito, quando s'argomenti non dal-

(1) V. il vol. I, l. cit.
(2) C. civ., a. 2017 cit.
(3) V. il vol. I, cap. cit. t. e n.
(4) Così, C. civ. germ., § 1164.
(5) V. il vol. I, cap. I e II.
(6) C. civ., a. 2017 cit.

Digitized by Google

l'*accessorietà*, come ragion sua di origine, allo stesso credito pel quale nacque, sibbene dall'*accessorietà* ch'è nella sua natura, richiedente *un credito da garantire*. Così, anche nell'ordinamento della legge italiana, si potrebbe costruire la cosidetta *ipoteca del proprietario* (1).

Ma, se la permanenza dell'iscrizione non vieta, secondo s'è detto, che si dimostri l'estinzione dell'ipoteca, s'essa cioè non conserva il credito, pure a ragione della *pubblicità* è assolutamente necessaria alla *conservazione* del diritto reale: tant'è, che la *cancellazione* può determinare per sè la fine del rapporto di sicurtà (2).

452bis. I gruppi delle *cause d' estinzione* or descritti verranno determinati separatamente: ed in rapporto ad essi sarà studiato il rinnovamento dell' iscrizione. Della *forma*, ch'è la cancellazione, dei suoi effetti, e della responsabilità del conservatore che l'abbia indebitamente operata, si dirà da ultimo.

§ I.

Le cause di estinzione dell'ipoteca: 1) *dipendenti dal credito garantito.*

SOMMARIO. — **453-454**. Regola generale. Pagamento; pagamento con surrogazione. Compensazione. Dazione in pagamento. — **455-456**. Novazione; prescrizione.

453. Qualunque causa per cui *valevolmente* (concorrendo cioè tutti i requisiti necessarî, sì intrinseci, che di forma) il credito garantito s'estingue, inducono, a ragion dell'*accessorietà* in cui rispetto ad esso è, il rapporto di garanzia; nè altrimenti avverrebbe, se a causa dell'annullamento seguìto, l' obbligazione civile assumesse figura di naturale, perchè pur ammettendo che all'obbligo puramente naturale possa unirsi l'ipoteca volontaria, non par dubbio che la dichiarata invalidità del rapporto per cui la sicurtà

(1) C. civ., § 1163 e segg.

(2) C. civ., a. 2032. Nè rileva che la cancellazione indebitamente fatta non tolga il diritto di procedere a rettifica o ad una nuova iscrizione; i diritti che i terzi avessero nell'intervallo conseguito sulla cosa, non possono aver offesa dal nuovo atto.

Digitized by Google

venne creata, determini pure l'estinzione di questo che sol per esso ebbe nascita. Che se invece, non l'estinzione dell'obbligazion garantita derivi dall'avvenimento, bensì una semplice modificazione nella sua entità, sia oggettiva nella quantità, o nella qualità, oppure soggettiva, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata, e quindi permane anche la sicurtà ipotecaria.

Dei modi di estinzione, il pagamento dell'intero credito estingue col rapporto personale l'ipoteca destinata a garantirlo, purchè il rapporto garantito sia effettivamente, *valevolmente*, estinto, e sian perciò osservate tutte le condizioni dalle quali la volontà delle parti, od il provvedimento giudiziale ne abbia fatto dipendere la cessazione (1): la nullità dell'atto farebbe perciò rinascere l'ipoteca (2) purchè conservata, o altrimenti il solo diritto di ricostituirla (3). Se il pagamento fosse soltanto parziale, l'ipoteca, non s'estingue, e, a ragion dell'indivisibilità sua, non si riduce, salva la contraria volontà delle parti; se poi inducesse la surrogazion legale o convenzionale, rimarrebbe immutata l'entità dell'obbligazione garantita, e neppur la sicurtà perderebbe vigore, purchè, nell'ipotesi di surrogazion convenzionale altrimenti si fosse pattuito dalle parti interessate. Che se a fin di ottenere il soddisfacimento del credito fosse stato instituita la liquidazion della cosa, il pagamento del credito estinguerà anche l'ipoteca, quando l'intero prezzo sia pagato nei modi stabiliti dalla legge nei giudizî di graduazione (4): e qui si deve avvertire, che la fissazion di questo stato, e la cancellazione ordinata rispetto alle ipoteche non collocate in grado utile, non estingue l'onere, se, per espresso o tacito accordo tra l'aggiudicatario ed il creditore rimasto così perdente, quello subentra come debitore nel credito non soddisfatto. L'ordine cioè determina il modo di concorso tra i creditori, e per le ipoteche non venienti in grado utile non vale come pagamento del credito garantito: ma, nel caso or supposto, se la cancellazione fosse eseguita, sarebbe necessaria la ricostituzion dell'onere, il quale non avrebbe poi virtù rimpetto ai terzi, che avessero anteriormente acquistato e fissato diritti sulla cosa gravata.

---

(1) C. civ., a. 2029.
(2) C. civ. a. 2031.
(3) C. civ., a. 2032.
(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 292; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2257.

Digitized by Google

454. Dell'effetto della compensazione s'è detto, e s'è pur osservato come l'opera sua *ope legis* determini l'estinzione delle ipoteche accedenti ai crediti dedottivi, intendendo l'indipendenza del rapporto d'ipoteca come diritto per sè stante, nel senso che l'estinzion descritta si produce ancorchè il creditore abbia pagato il debito che per compensazione era estinto: il suo credito rimarrà, ma contro ai terzi non potrà far valere l'ipoteca già costituita a garantirlo: e potrà scansare tal danno, quando dimostri che il suo pagamento avvenne in *buona fede*, ch'egli cioè non intese *rinunciare* alla compensazione in detrimento dei terzi che legalmente dovevano avvantaggiarsi dello stato di cose inducente l'estinzion del credito, e dell'onere destinato a garantirlo. È un altro modo questo in cui si rivela l'ordinamento legislativo rispetto agli atti emulativi, ed al loro divieto (1).

E ancor della dazione in pagamento s'è pur detto; certo, essa vale qual modificazione oggettiva dall'obbligazione, e non qual novazione; ma in pari tempo, come la sostituzione viene accettata ed eseguita, e l'esecuzione è pagamento, l'ipoteca che garantiva il rapporto personale originario cessa giustamente di esistere: sebbene, per giusta inferenza dal principio or posto, l'inefficacia della sostituzione qual pagamento, debba valer come condizione *risolutiva* di essa: cosicchè, risoluta la *datio*, riprende vigore anche la sicurtà ipotecaria, pur essendo salvi rimpetto ai terzi gli effetti della cancellazione avvenuta (2). Nè altrimenti par si debba costruire quando la *datio* sia *pro solvendo*; considerando il rapporto sostituito come oggetto nell'obbligazione originaria, parrebbe che la volontà delle parti consenzienti la surrogazione abbia fatto dipendere il *pagamento* effettuato per via della *datio*, dal soddisfacimento effettuale del rapporto surrogato, e quindi l'estinzion del credito originario sia soggetto a condizione sospensiva: ma a sostegno della costruzion proposta si deve osservare, che il *pagamento* consiste nell'effettuare la sostituzion pattuita, nella concessione del rapporto dedotto nella *datio*, sia essa *pro soluto* o *pro solvendo*, cosicchè la condizione

(1) V. il vol. I, cap. cit.

(2) Troplong, op. cit., IV, 547; Pont, op. cit., II, 1230; Thézard, op. cit., 255. Ma cfr. Aubry et Rau, op. cit., III, § 292; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 162 bis II; Laurent, op. cit., XVIII, 323; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2251; Larombière, op. cit., s. art. 1278, n. 6, che argomentano dalla novazione contenuta nella dazione.

Digitized by Google

sarebbe sempre risolutiva. Nuova ragion di dubitare apparisce, è vero, dal modo stesso di fissar la teoria, sommettente l'estinzion dell'obbligazione originaria, non al solo fatto della *sostituzione*, che la lascierebbe inalterata, ma all'adempimento del rapporto sostituito, onde la presenza della condizion sospensiva dipenderebbe dall'entità giuridica della *datio*, non da presunta volontà delle parti: nè si può togliere il dubbio, se non riferendo l'*adempimento* all'esecuzion della sostituzione, alla *datio*.

455. La novazione, inducendo l'estinzion del credito novato, determina la fine della garanzia a questo accedente: purchè le parti non abbiano disposto altrimenti, mostrando così col fatto la possibilità giuridica che all'ipoteca si coordini un'altra ragion di obbligazione nel luogo di quella originaria (1). Nè al già detto su questo argomento, occorre ora aggiunger altro (2): basterà soltanto osservare, che tal virtù ha la novazione quando concorrano gli elementi tutti necessari a costituirla, e che le cause per cui vien meno influiscon pure sul rivivere dall'ipoteca, salvi i diritti acquistati e conservati ai terzi dopo la cancellazione. Così, è dubbio se nel caso che il marito debitore dei valori costituiti in dote ne abbia poi avuto per testamento della moglie l'usufrutto, la novazione rispetto alla ragion del debito avvenga pel solo mutamento di quest'ultimo (dote prima, usufrutto in seguito), e sia estinta senz'altro l'ipoteca: o pur sia necessario che intervenga un atto, col quale, fors'anche fittiziamente, il marito dia conto della dote, e la renda per riaverla qual capitale dell'usufrutto. E quest'ultima decisione par più corretta, se non per la costruzione, pei risultati: la mutazione seguita nella ragion dell'obbligo di rendere, non libera il marito usufruttuario dall'obbligazione di dar conto all'eredità del *capitale* dovuto per dote, fissando così la *quantità* ch'egli ha diritto di ritenere pel nuovo titolo di godimento.

456. Degli altri modi di estinguersi dell'obbligazione garantita, non è necessario si conduca particolar disamina: solo rispetto alla prescrizione occorre di osservare, come s'è già fatto (3), ch'essa è al

(1) C. civ., a. 2029 cit.

(2) V. il vol. I, cap. cit. V. Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2250.

(3) V. il vol. I, cap. cit.

Digitized by Google

tutto indipendente dalla prescrizione dell' azione ipotecaria in rapporto al terzo possessore: perchè, se in quanto l'azione personale e la reale ipotecaria si posson rivolgere contro la medesima persona, la prescrizione dell' ipoteca è, a ragione dell'accessorietà del rapporto di garanzia, connessa alla prescrizione dell'obbligo principale, altrimenti avviene quando si riferisce a soggetti distinti. I due rapporti (personale e reale) sono allora indipendenti: perciò, il precetto rivolto al *solo* terzo possessore, ed il conseguente esercizio del diritto ipotecario contro di lui, non valgono ad interrompere la prescrizione del credito, della quale ben potrà egli giovarsi se durante il processo di esecuzione reale venga a compimento (1). La prescrizione compiuta rispetto al credito garantito (al rapporto principale) estingue dunque col debito qualunque garanzia vi accedesse: s' insegnò, è vero (2), che quando il terzo possessore obbietti contro il creditore l'avvenuta prescrizione del rapporto personale, diventa come avente causa del debitore, e gli si possono perciò opporre tutte le eccezioni che il creditore poteva movere a quest'ultimo: ma si può facilmente osservare che il terzo possessore ha diritto d'invocare la prescrizione qual causa estintiva del credito, e quindi dell'ipoteca, soltanto s'essa è effettivamente compiuta: per il che, se il creditore gli oppone le eccezioni vôlte a mostrare che non si compiè, ciò non fa considerando il terzo come avente causa, sibbene qual titolare del diritto onerato di garanzia pel suo credito ancora esistente. Nè, in conseguenza, gli atti procedenti dal debitore, e valevoli ad interrompere la prescrizione 'gli si possono opporre, se non vennero osservate per essi quelle forme che li rendono efficaci in rispetto ai terzi.

§ 2. *Cont.*

2) *Cause riferentesi all'estinzione del solo diritto ipotecario.*

SOMMARIO. — **457-458**^{bis}. Concetto generale. Perdita della cosa gravata. Sostituzion del valore. Scadenza del termine; avvenimento della condizion risolutiva. — **459**. Rinuncia. — **460**. Confusione. Prescrizione. — **461-465**. Rinnovazione dell'iscrizione ipotecaria.

---

(1) V. App. Macerata, 26 nov. 1891 (*Legge*, 1892, I, 125. Cons. AUBRY et RAU, op. cit., I. cit.; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 164bis I; LAURENT, op. cit., XXXI, 402; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2255; ANDRÉ, op. cit., 1136.

(2) V. la n. preced.

Digitized by Google

457. Il rapporto ipotecario, considerato qual figura giuridica a sè, ha cause speciali di estinzione riferentisi alla sua entità di diritto reale (1), e per esse può venir meno senza che a ragion di tal fatto il rapporto personale garantito soffra alterazione: l'obbligazione garantita riman sempre qual termine principale rispetto alla garanzia, onde la possibilità che questa cessi, lasciando intatto il rapporto di credito. Da siffatte cause, influenti sull'esistenza del *diritto reale*, dev'essere però ben distinto un modo speciale di estinzione, che si riferisce alla sola costituzion della garanzia (iscrizione) e giustificato da considerazioni strettamente relative all'ordinamento della pubblicità; quelle estinguono il *diritto*, la creazione stessa dell'ipoteca, questo invece estingue la sola *iscrizione*, e può lasciar inalterato il diritto a costituire nuovamente l'onere: e vi si riferisce per l'appunto l'istituto di cui si dirà da ultimo, ch'è la *rinnovazione*.

458. S'estingue il diritto d'ipoteca in conseguenza della *perdita* dell'oggetto su cui grava, eccezion fatta pel caso di estinzione del diritto reale a causa di rinunzia del titolare, che non può così offendere il diritto altrui (2); perdita totale, s'intende, perchè se fosse parziale riman ridotto l'onere a quel che resta della cosa: sebbene (salvo il diritto ai miglioramenti spettanti al terzo possessore) se questo residuo avesse natura di « *cosa principale* », s'estenda a quanto in seguito vi acceda. Ma, se per effetto della perdita, o del solo deterioramento, il titolare della cosa onerata avesse diritto ad un'indennità di assicurazione, la somma dovuta dall'assicuratore è vincolata al pagamento dei crediti ipotecarî, secondo il loro grado (3): s'era dubitato, come già occorse di avvertire, se tal credito, entrando nel patrimonio generale dell'assicurato non costituisse garanzia comune a tutti i creditori, ma giustamente prevalse la dottrina che lo ritien come *surrogato* della cosa speciale perita o deteriorata: i creditori ipotecarî hanno, per effetto della sicurtà, diritto al *valore* della cosa, e l'indennità di assicurazione è appunto un modo col quale vien rappresentato. Il qual concetto (dedotto dalla ragion

(1) V. il vol. I, l. cit.

(2) C. civ. a. 2029, cit. Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 292; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 166 bis III; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2266. Cfr. App. Brescia 3 ott. 1887 (*Legge*, 1888, I, 168).

(3) C. civ. a. 1951.

Digitized by Google

di causalità determinante questo credito, che per essa vien posto in relazione col patrimonio sì, ma per surrogarvi, rappresentarvi la *cosa speciale* perita o deteriorata), si dovette, e si deve estendere, ad ogni caso d'indennità dovuta a ragion della perdita o del deterioramento: la legge lo applica espressamente ai casi d'indennità d'assicurazione, di espropriazion forzata per pubblica utilità, di servitù necessaria, di riscatto enfiteutico (1); ma certo è, che comporta per la sua intrinseca virtù l'estensione or descritta, e perciò, qualunque indennità sia dovuta al titolare della cosa in conseguenza di danno ch'essa abbia sofferto ne rappresenta il valore, e rimpetto a chi vi avesse o v'abbia diritto di sicurtà reale sostituisce la cosa stessa. S'ha in ciò un modo della sostituzione oggettiva, ch'è già occorso di studiare.

Cessa la sostituzion dell'indennità di assicurazione, quando la somma sia impiegata a riparare la perdita od il deterioramento, riprendendo con ciò la cosa la sua entità, nè il creditore ipotecario ha danno (2): e, per giusto riguardo alla posizion dell'assicuratore, la cui condizione non dev'essere oltremodo aggravata, vien egli valevolmente liberato quando, passati che siano trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, non gli sia fatta opposizione, e paghi l'assicurato. La *forma* cioè di effettuar la sostituzione, è l'*opposizione*: è per essa che il creditore salvaguarda il diritto suo a fissarla, e si deve compierla nel termine or descritto (3).

458bis. Maniera di perdita è pur la risoluzione del diritto del costituente: degli effetti che ne derivano s'è discorso ampiamente, studiando la creazione del diritto d'ipoteca (4): nè la costruzione proposta abbisogna ora di nuova ricerca.

458ter. E neppur occorre s'insista sulla *scadenza del termine*, e sull'avveramento della *condizione risolutiva* inserta nella concession dell'ipoteca: come avviene di ogni diritto, il termine finale

(1) C. civ., a. cit.
(2) C. civ., a. cit.
(3) C. civ., a. cit.
(4) Cons. Aubry et Rau, op. e l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 166bis, I; Thézard, op. cit., 255; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 2265; André, op. cit., 1164.

Digitized by Google

cui fosse ristretta la sicurtà ipotecaria ne opera l'estinzione alla scadenza, e pari effetto ha l'avvenimento della condizione risolutiva: i due elementi accessori son qui legge all'esistenza dell'onere.

Per la ragion di analogia, dedotta dal fine di garantire, le disposizioni che sul termine finale la legge dà rispetto al fideiussore s'estendono pure al *terzo concedente l'ipoteca* pel debito altrui: la *fideiussione* è da lui inserta nella cosa, qual *obligatio rei.*

459. Anche la *rinuncia* del creditore estingue l'ipoteca(1): e, come avvien rispetto ad ogni diritto, dev'essere fatta da persona capace di poter valevolmente disporre delle cose proprie(2); talvolta ciò non è bastevole, occorrendo l' autorizzazione giudiziaria a convalidare il consenso: nè agli amministratori è sufficiente a compierla l' autorizzazione avuta di esigere il credito e liberare il debitore, pel diverso oggetto ch' è in essa (3). Secondo l' entità giuridica ond' è differenziata, è atto unilaterale, nè occorre perciò alla sua validità che sia accettata (4): e giusta i modi generali di manifestare la volontà vôlta a fine giuridico, può seguire espressamente o tacitamente. Nel primo caso (rinunzia espressa), riferendosi a diritto reale non mobiliare, è necessaria alla sua esistenza la forma dell'atto scritto; nel secondo (rinunzia tacita), può risultare da ogni fatto che non si possa altrimenti spiegare se non come volontà certa, assoluta, di compierla, e nel dubbio si deve ritenere che tra la rinunzia di maggiore o minore estensione siasi voluto quest' ultima, non l'altra (5). Quindi, se il creditore comparisca ad un atto di vendita della cosa onerata soltanto in qualità di testimonio, e nel contratto, cui presenzia, si dichiari che la vendita è fatta *libera d'ogni*

---

(1) C. civ., a. 2029. S'intende, ch'è possibile rinunziare alla sola iscrizione (ed al grado che ne deriva), senza rinunziare al diritto d' ipoteca. Cass. Firenze, 21 ag. 1891 *Legge*, 1891, II, 619).

(2) Sulla capacità rispetto agli enti morali, v. App. Perugia 10 nov. 1890 (*Legge*, 1891, I, 237).

(3) Cons. Aubry et Rau, op. e l. cit.; Troplong, op. cit., IV, 868; Pont, op. cit., II, 1232; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2259; André, op. cit., 1107.

(4) C. civ., a. cit. Ma cfr. Thèzard, op. cit., 244; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2261.

(5) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 162bis III; Martou, op. cit., IV, 1340; Pont, op. cit., II, 1237; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2262.

Digitized by Google

peso, questo suo fatto non può essere interpretato come rinunzia all'ipoteca che gli spetta; e la sua presenza, il suo assenso alla costituzione di altra ipoteca sul fondo gravato, se altri elementi di decidere non s'abbiano, vale, in relazione al fine stesso dell'atto, ed all'interesse del nuovo creditore, non come rinunzia al proprio diritto ipotecario, ma qual semplice rinunzia al grado della sua ipoteca, che riman così postergata: o qual cessione del potere di esercitarla (1).

Ma la rinunzia non è valevolmente fatta nel contratto matrimoniale, rispetto all'ipoteca spettante alla moglie in sicurtà della dote: si afferma, è vero, e questo è l'argomento più valido a sostegno di tal dottrina, che se nel contratto può pattuirsi l'alienabilità della dote, a maggior ragione si può pattuire la rinunzia all'ipoteca: e non si pensa che quell'alienabilità è consentita perchè l'ipoteca è già garanzia bastevole a mantener saldi i diritti della donna. È dunque il fine della dote che contrasta alla possibilità giuridica di tal rinunzia: sebben durante il matrimonio, per motivi urgenti e assoluti si possa autorizzare dal tribunale, con le forme ordinate per l'alienazione della dote, la rinunzia intera all'ipoteca dotale, o la semplice postergazione (2).

460. Altro modo col quale l'ipoteca ha fine, è la confusione (3); e vien da ultimo la *prescrizione*: la quale, ostandovi il carattere di *accessorietà* tra il rapporto di sicurtà reale ed il credito garantito, non decorre a favor del debitore finchè a lui rimane la condizione di obbligato, e si può soltanto svolgere a favor del terzo possessore rispetto al quale la ragion ipotecaria vien fatta valere come diritto speciale onerante la cosa, indipendentemente da ogni obbligo personale (4). Prescrizione estintiva questa; s'è dubitato

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. e l. cit.; LAURENT, op. cit., XXXI, 378; TROPLONG, op. cit., IV, 871; PONT, op. cit., II, 1238; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2263; ANDRÈ, op. cit., 1110.

(2) C. civ., a. cit.

(3) AUBRY et RAU, op. e l. cit.; TROPLONG, op. cit., IV, 888; PONT, op. cit., II. 1223; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2268. Purchè, s'intende, l'acquirente della cosa ipotecata sia il solo creditore inscritto: Cass. fr. 12 febbr. 1900 (*Gaz. d. Tribun.* 19-20 febbr. 1900).

(4) Cons. AUBRY et RAU, op. cit., III, § 292; LAURENT, op. cit., XXXI, 386; COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 163; PONT, op. cit., II, 1242; BAUDRY-LACAN-

Digitized by Google

assai, ed il dubbio è prevalso nell'interpretazione di qualche legge straniera pel dettato di essa (1), se qui, meglio che estintiva la prescrizione non sia acquisitiva, diretta com'è alla *libertà* della cosa onerata; ma il modo stesso di considerarla nella sua entità, nel suo fine, ch'è di togliere un determinato diritto reale gravante la cosa, conforta la dottrina attribuente alla prescrizione il carattere di estintiva, e la legge italiana, con la locuzione adoperata le dà conferma autorevole (2). Quindi, il termine utile a compierla è quello di trent'anni, riferendosi il termine decennale alla sola prescrizione acquisitiva per via di possesso di buona fede (3), e cessano perciò le ragioni di dubbio sorte nella dottrina che ritenendo pur questa prescrizione come acquisitiva, ed estendendovi così il termine decennale, disputava quando s'avesse la buona fede nel possesso della libertà del fondo ipotecato, e sui mezzi di provare la conoscenza dell'onere (4). Certo, se il terzo è possessore di buona fede (5), mentre potrà acquistare col possesso decennale la proprietà, non potrà prescrivere contro l'ipoteca se non col trentennio: ma questo non è inconveniente; è conseguenza diretta della natura giuridica che ha la prescrizione rispetto ad ognuno dei due rapporti.

Potrà il terzo possessore valersi pel computo del trentennio, anche del termine d'inazione svoltosi rispetto al suo autore, terzo possessore pur egli; e per la sua qualità, non agiscono contro di lui quelle cause d'impedimento ch'espressamente la legge ordina non valere nella prescrizion trentennale in riguardo al terzo possessore di un immobile, o di un diritto reale immobiliare: quali il termine primordiale e la condizione sospensiva accedente all'obbligazione perso-

---

TINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2271 e segg.; App. Rouen, 30 marzo 1895 (*J. du P.* 1896, 2, 41).

(1) Cons. AUBRY et RAU, op. e loc. cit.; e cfr. COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 164bis II e IV; LAURENT, op. cit., XXI, 390; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2274; DALMBERT, in *J. du P.* 1895, 2, 41.

(2) C. civ., a. 2030.

(3) V. il vol. I, cap. cit.

(4) V. gli Aut. cit. nella n. 1. V. pure GLASSON, in *R. prat.* 1878, p. 209; e App. Agen, 1 marzo 1883 (*J. du P.* 1897, 2, 18). Come conciliare la possibilità della buona fede col sistema della pubblicità? E pure vien deciso ch'è in buona fede il terzo possessore che non si curò di conoscere lo stato delle iscrizioni, e di chiederne il certificato. V. gli Aut. cit.

(5) Cons. su ciò BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 2284.

Digitized by Google

nale garantita (1). Delle cause poi d'interruzione, quelle che son tali rispetto al solo credito, non influiscono sulla prescrizione decorrente a favor del terzo, per via dell'indipendenza avvertita dal rapporto reale: hanno effetto quelle che derivano da atti preparanti l'esecuzione, od esecutivi, compiuti contro il terzo possessore in questa sua qualità (2): perciò il semplice precetto di pagamento rivolto a lui, non avrebbe efficacia. Ed ha valore interruttivo anche l'offerta fatta a fin di purga, perchè anche se l'offerente non è obbligato personalmente in conseguenza della sola proposta, l'atto ha significato di riconoscimento del diritto reale di sicurtà, contenuto nell'entità stessa dell'offerta: ch'è cioè modo di esprimere questo riconoscimento, il quale può essere così ampio da indurre pel terzo anche l'obbligazion personale.

La prescrizione valevolmente compiuta, ha effetto contro il titolare dell'ipoteca, e contro qualunque persona abbia da esso causa: estingue rimpetto a tutti il diritto reale di sicurtà.

461. Diversa dalla ragion di essere giustificante le cause di estinzione or descritte, riferentisi al diritto reale valutato nella sua particolar entità, è quella informante l'istituto della *rinnovazione* dell'iscrizione, dove il decorso del tempo è anche considerato *in quanto determina l'estinguersi dell'iscrizione:* virtù, che quando la decorrenza non induca pure l'estinzione del diritto, gli è data non pei motivi onde ha fondamento la prescrizione estintiva, sibbene pel bisogno che s'esplichi correttamente la funzion della pubblicità. La quale per quel notevole decorso di tempo par si debba affievolire in riguardo a chi abbia interesse a conoscere il vero stato della cosa onerata; l'iscrizione, come s'è detto, non riassume in sè anche l'obbligazione personale, e quindi il ragionevole dubbio, perturbante

(1) C. civ., a. 2121. Sulla questione, cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2293 e segg.; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription* (Paris 1899) n. 394 e segg. Ma può il creditore valersi dei mezzi idonei ad interrompere la prescrizione: v. gli Aut. cit.: cons. Cass. fr. 20 gennaio 1880 (*J. du Pal.*, 1881, 1, 495). Cfr. nel senso che l'impedimento si deve estendere anche ai diritti reali, la giurisprudenza francese ricordata negli Aut. cit.

(2) Salvi s'intende, gli effetti della perenzione. Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, 293; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 165*bis* III; Laurent, op. cit., XXXI, 397; Pont, op. cit., II, 1259, Thézard, op. cit., 253; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 2300; André, op. cit., 1134. Ma cfr. Cass. Palermo, 11 agosto 1887 (*Legge*, 1888, I, 233, e 25 agosto 1887, *ib.*, 1888, I, 379).

Digitized by Google

il fine della pubblicità, se il credito cui l'ipoteca dà il sussidio della sicurtà, esista ancor davvero. La rinnovazion dell'iscrizione, se val esercizio del diritto, val pure quale correttivo necessario pel buon funzionamento della pubblicità ch'è nell'iscrizione: e avvicinandola, a causa del decorso del tempo che la rende necessaria, alla prescrizione estintiva, si può considerarla qual modo d'*interrompere* la prescrizione dell'*iscrizione*, che poi rispetto ai terzi è *prescrizione dello stesso diritto d'ipoteca*, dipendendo dall'iscrizione l'esistenza stessa della sicurtà (1).

Quindi, il bisogno di rinnovar l'iscrizione prima della scadenza dei *trent'anni* dalla sua data, ch'è il termine pel quale essa mantiene la sua virtù (2): e che, secondo la regola generale sul computo del tempo, comincia dal giorno posteriore a quello in cui venne effettuata, e si chiude con l'ultimo momento dell'estremo giorno del periodo designato (3).

462. Com'è fine alla rinnovazione il mantener l'esistenza giuridica dell'iscrizione effettuata, così le stesse persone che possono valevolmente chiedere l'iscrizione, o che a ciò sono obbligate, hanno pure il potere o l'obbligo di domandare la rinnovazione, per cui si conferma la virtù della seguita costituzion dell'onere: quindi, a quel modo che avvien dell'iscrizione, alla rinnovazione si può instare dal titolare del diritto, direttamente o per via di rappresentante, sia questo costituito per via di mandato, o sia soltanto un gestor di affari, qual'è il creditore cui nel medesimo atto sia stata concessa ipoteca in comunione ad altri pel credito comune, e che abbia chiesto la rinnovazione per tutti gli interessati, e non per sè, o per la sua sola porzione di credito (4). Parimenti, l'obbligo della rinnovazione dell'ipoteca legale a favor dell'interdetto (pei minori, a ragion del

---

(1) Cosicchè, quando il decorso del tempo minaccia il diritto, la rinnovazione interrompe la prescrizione estintiva dell'onere; quando minaccia la sola iscrizione, impedisce la perdita del grado.

(2) C. civ., a. 2001.

(3) Aubry et Rau, op. cit., II, § 280; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 134 bis, V; Laurent, op. cit., XXXI, 111; Pont, op. cit., II, 1039; Thézard, op. cit., 151, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit.. III, 1762; André, op. cit., 911.

(4) Cass. fr. 9 febbr. 1891 (*J. du P.* 1892, I, 113); Aubry et Rau, op. cit., III, § 280; Troplong, op. cit., I, 363 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit, III, 1764.

Digitized by Google

computo dell'età, questo correttivo non occorre), incombe come per l'iscrizione, al tutore, al protutore, ed al cancelliere della sentenza dove a quel tempo sarà il registro della tutela dello stesso interdetto: e l'obbligazione è avvalorata dalle medesime penalità comminate rispetto all'iscrizione (1).

463. E sempre argomentando dall'entità or descritta della rinnovazione, e dal fine cui tal rimedio è vôlto, s'intende con qual *forma* debba essere chiesta ed effettuata: riferendosi essa all'iscrizione esistente di cui si vuol conservare l'efficacia, vien chiesta con la presentazione al conservatore di due note conformi a quelle dell'iscrizione precedente, contenenti la dichiarazione che s'intende di rinnovare l'iscrizione originaria (2). Così, l'instanza si riferisce manifestamente all'iscrizione ch'esisteva di già (3), e senza questo riferimento fatto per via della dichiarazione descritta, la rinnovazione non val come tale, sibbene qual nuova iscrizione (4): mancherebbe difatti della sua forma intrinseca, intesa in rapporto al fine di *conservare* l'iscrizione precedente. Perciò non occorre sia presentato il titolo che dà diritto a domandar l'iscrizione, tenendone le veci l'iscrizione originaria che si vuol rinnovare: e se anche nella nota di rinnovazione fosse occorso errore intorno la persona del richiedente o del debitore, o dell'immobile onerato, il confronto con l'iscrizione originaria, cui si riferisce l'istanza, è sufficiente a correggerlo. Ma se nell'intervallo tra l'iscrizione e la rinnovazione fossero avvenute rispetto alle persone od all'entità dell'onere tali mutazioni di cui, per lo scopo della pubblicità sia necessario tener conto, il richiedente che non vi provveda, dovrà subir le conseguenze dell'omissione: perciò, se al tempo della rinnovazione gl'immobili ipotecati apparissero da tre mesi nei registri censuarî passati agli eredi o ad altri aventi causa del debitore, la rinnovazione dev'essere di-

(1) C. civ., a. 2002.

(2) C. civ., a. 2005.

(3) La sufficienza di tal risarcimento è pur ammessa dalla dottrina francese: Aubry et Rau, op. cit., III, § 280; Troplong, op. cit., III, 715; Pont, op. cit., II, 1052; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1767. Cfr. sulla necessità che siano ripetute le indicazioni tutte contenute nell'iscrizione originaria, Martou, op. cit., III, 1146; André, op. cit., 921. V. Labbé, in *J. du P.* 1892, 113.

(4) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Laurent, op. cit., XXXI, 118; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1768; App. Reims, 28 maggio 1884, Dall., *pér.* 1885, 2, 229.

Digitized by Google

retta pur contro quest'ultimi, con indicazion del nome, cognome, paternità, domicilio, o residenza, e professione, se ne hanno, ed in quanto risultano dagli stessi libri censuarî, da cui deriva all'instante la necessità di dar tali notizie (1). E se nell'intervallo l'ipoteca originaria fosse stata valevolmente ridotta, il richiedente che nella nota si riferisse per intero all'iscrizione originaria, potrà essere costretto dagli interessati a far le mutazioni che da quest'atto ebbero causa.

In seguito all'instanza contenuta nella presentazione delle due note, il conservatore eseguisce la rinnovazione secondo avvien per l'iscrizione; e quando l'abbia eseguita, restituisce al richiedente i documenti, ed una delle due note, con le stesse indicazioni che rispetto all'iscrizione son ordinate dalla legge (2).

464. L'obbligo della rinnovazione può, o cessare al tutto, od essere soltanto sospeso; cessa interamente, in conseguenza di certi avvenimenti riferentisi all'esecuzion reale, per cui l'oggetto proprio dell'ipoteca vien determinato in modo che il diritto del titolare è trasportato, fissato, sul *valor* della cosa; è sospeso nel solo caso dell'ipoteca legale spettante alla moglie, conservando essa il suo effetto senza la rinnovazione durante il matrimonio, e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo (3). Parve qui, e giustamente, che l'esistenza manifesta del *coniugio*, alle cui ragioni patrimoniali si riferisce l'ipoteca legale della moglie, confermi la pubblicità ch'è già contenuta nell'iscrizione originaria: la dilazione di un anno dallo scioglimento dell'unione, venne concessa alla moglie per quel sentimento di pietà che s'esplica con la posizione fattale nell'anno di lutto (4), e rispetto agli eredi, potè il riguardo dovuto a chi succede nel governo di cosa non sua, e della cui entità non ha notizia, com'è mostrato anche in materia di esecuzion reale (5).

Quali siano gli avvenimenti *certi* per cui cessa l'obbligo di rinnovare l'iscrizione, la legge stessa determina. Se la liquidazione della cosa è fatta giudizialmente, il momento in cui il diritto dei creditori ipotecari s'afferma sul *valore* non è la trascrizione del precetto, che ha soltanto virtù d'iniziare la procedura dell'ese-

(1) C. civ., a. 2006.
(2) C. civ., a. 2005.
(3) C. civ., a. 2004.
(4) C. civ., a. 1416.
(5) C. pr. civ., a. 560.

Digitized by Google

cuzione reale non la sola aggiudicazione (1): o la trascrizione della sentenza che la constata (2): non la chiusura del giudizio di graduazione, bensì l'iscrizione dell'ipoteca legale nascente contro il compratore nella vendita all' incanto (3): per essa è definitivamente fissato, non soltanto nei rapporti tra l' aggiudicatario ed i creditori iscritti, ma rispetto a chiunque, ancor cioè agli aventi causa dall' aggiudicatario, il diritto dei creditori al *valore*, ch' è personalmente dovuto dall'aggiudicatario della cosa già onerata. E nel caso di alienazione volontaria, l'obbligo di pagare i creditori iscritti imposto all'acquirente non induce per sè la fissazione or descritta (4), come non la induce la sola notificazione a fin di purga fatta dall'acquirente (5), oppure questa sola notificazione, se i creditori cui è fatta abbian lasciato trascorrere il termine utile per la domanda d'incanto (6), o l'apertura del giudizio di graduazione; la fissazione del diritto al valore, il compimento quindi della ragion ipotecaria spettante ai creditori iscritti, s'ottiene con l'iscrizione dell'ipoteca legale fatta dall'acquirente per istituire il giudizio di purgazione (7). L'offerente è obbligato pel valore che offre ai creditori iscritti, la cui ipoteca ha così ottenuto tutta l'efficacia sua: onde la cessazion del bisogno di rinnovarla (8).

---

(1) Così, Aubry et Rau, op. cit., III, 280; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 134 *bis*, XVII e XVIII; Laurent, op. cit., XXXI, 134; Pont, op. cit., II, 1036, André, op. cit., 924; Garsonnet, op. cit., IV, § 709.

(2) Così Thézard, op. cit., 152; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1791.

(3) C. civ., a. 2003, 2089.

(4) Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Pont, op. cit., II, 1059; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., 180.

(5) Così Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 134 *bis* XIV; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1805; André, op. cit., 924: Dalmbert, op. cit., 130 *quater*.

(6) Troplong, op. cit., III, 723; Pont, op. cit., II, 1060.

(7) C. civ., a. 2003, 2042.

(8) Nè rileva se in seguito all'offerta di purga si svolga la procedura del sovrincanto, che n'è conseguenza, e non l'annulla; Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 134 *bis* XV; Thézard, op. cit., 152, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1806. Ma cfr. Laurent, op. cit., XXXI, 142; Martou, op. cit., III, 1165; Pont, op. cit., II, 1061; Dalmbert, op. cit., 65. Del pari, nel caso di vendita all'incanto seguìto da aumento del sesto, questo non ha influenza sul diritto fissato a favor dei creditori ipotecari dispensati così dall'obbligo di rinnovar l'iscrizione; anche se l'aggiudicatario fosse diverso, egli è quasi sostituito negli obblighi dall'aggiudicatario anteriore. Cons. Aubry et Rau,

Digitized by Google

464bis. All'infuori dei due modi or descritti, per cui s'esprime, si consuma l'effetto dell' ipoteca inscritta, nessun' altra maniera di liquidazione può determinare la cessazion dell' obbligo di rinnovar l'iscrizione; inutilmente quindi potrebb'essere invocata a tal fine l'accettazion di eredità con beneficio d'inventario (1).

465. L'effetto della rinnovazione è, giusta l'entità sua, di mantener saldo il vigore dell'iscrizione originaria: perciò, come avvien rispetto a questa, le spese occorrenti a farla sono a carico del debitore, purchè altrimenti non sia voluto dalle parti interessate (2). Che se la rinnovazione non sia fatta nel termine utile a ciò concesso dalla legge, l'iscrizione perde il suo vigore (3), sebbene rimpetto ai terzi possessori della cosa onerata questo decorso di tempo sia liberazion totale del gravame: e se riferendosi il difetto alla sola iscrizione, il creditore non perde il diritto di chiedere che l'ipoteca sia nuovamente iscritta, s' intende che la sicurtà piglierà grado da tal nuova data, non potendo qui la rinnovazione mantener l' iscrizione precedente col suo grado, e valendo soltanto come iscrizione nuova. Nè val distinguere secondo che la cosa si trovi sempre nel patrimonio del debitore, o ne sia uscita, attribuendo nel primo caso alla rinnovazione virtù retroattiva (4); alla ragion dell' istituto ripugna interamente la limitazione così fissata.

E neppure varrà la rinnovazione qual iscrizione nuova, quando nell'intervallo fra lo spirar del trentennio e il tempo in cui è fatta

---

op. cit. III, § 280; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 134 bis XIX; Dalmbert, op. cit. 60. V. pure Thézard, op. cit., 152; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., 1793.

(1) Eccezion fatta pel caso di decreto pronunciante l' espropriazione a causa di pubblica utilità, che induce purga delle ipoteche inscritte nei termini fissati. Cons. sulla questione, Aubry et Rau, op. cit., III, § 280; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 134 bis XXI; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. III, 1797; André. op. cit., 924. Talvolta, anche la convenzione può indurre negli effetti suoi come una dispensa dall'obbligo di rinnovar l' iscrizione; così, il *consentire* del creditore ipotecario la preferenza ad un'ipoteca di grado anteriore, vale rimpetto a lui *rinuncia* a valersi del difetto della rinnovazione. Cass. fr. 1 luglio 1850 (*J. du P.* 1850, 2, 550).

(2) Aubry et Rau, op. cit., III, § 280; Thézard, op. cit., 151; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1772; André, op. cit., 914.

(3) V. la n. preced.

(4) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 134 bis III; Thézard, op. cit. 151; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1774.

Digitized by Google

la cosa sia uscita validamente dal patrimonio dell'obbligato, non potendosi costituir ipoteca su cosa d' altri (1); se fosse stata sottoposta ad altro diritto reale, varrà a seconda del potere che tal concessione ha lasciato al debitore.

§ 3.

La cancellazione dell'iscrizione, e la responsabilità che può derivarne al Conservatore delle ipoteche.

SOMMARIO. — **466.** Ragion di essere dell'istituto, e valor suo. In virtù di quali atti vi si possa procedere. Cancellazione volontaria e giudiziale. — **467-469.** Cancellazione volontaria. Chi possa consentirla: capacità a ciò occorrente, e forma dell'atto. Revoca seguìta prima che sia effettuata la cancellazione. — **470.** Cancellazione giudiziale. Quali sentenze la producano e per quali cause. — **471.** Forma di effettuarla. Officio del Conservatore. — **472.** Effetti della cancellazione. — **473-474.** — Annullamento della cancellazione; rettifica.

466. A quel modo che la pubblicità (*iscrizione*) occorre sostanzialmente all'esistenza del gravame ipotecario, attalchè, senza di essa il diritto reale di sicurtà non è valevolmente costituito, il suo concorso nel rendere notoria la cessazion dell'onere e quindi la libertà della cosa, si esplica per via della *cancellazione* dell'iscrizione effettuata; non è che la permanenza dell'iscrizione affermi senz'altro l'esistenza del credito e perciò dell'ipoteca, perchè s'è già osservato che, a ragion dell'accessorietà inerente al rapporto di garanzia, il venir meno dell' obbligazione garantita induce la cessazione della sicurtà, nè rileva se la cancellazione non sia stata effettuata: ma la cancellazione non operata può ben valere a conservar l'ipoteca, quando il titolo liberatorio sia posto nel nulla (2), e la cancellazione effettuata, ancorchè ne avvenga poi la rettifica, attesta in modo assoluto ai terzi la non esistenza dell'onere già fissato per via dell'iscrizione. Questa è la ragion di essere della *cancellazione*, concorrente così al fine della *pubblicità* qual concetto essenziale nell'ordinamento ipotecario: valutato, s' intende, in rela-

(1) V. la n. preced.
(2) P. es., C. civ., a. 2017 cit.

Digitized by Google

zione al modo che tecnicamente s'è tenuto nel concepire e sviluppare il sistema dell'acquisto dei diritti reali (1).

La *cancellazione* è dunque il *modo* col quale è reso efficace il *titolo liberatorio* dell'ipoteca, è la *forma* cioè di estinzione dell'onere ipotecario. E il *titolo*, che dà poter di chiederla, può consistere nell'atto stesso per cui vien valevolmente tolta la ragion di essere al diritto d'ipoteca, o in conseguenza dell'estinzion del credito, o indipendentemente da ciò, col riferirsi dell'atto al solo diritto ipotecario, oppure alla sola iscrizione: che se la causa per cui s'è estinta l'obbligazion garantita non risulta da atto speciale, ma da fatto certo che l'abbia prodotto, chi vi ha interesse, quando non possa ottenerne la dichiarazione in altro modo, può agire affinchè sia constatato giudizialmente. Quindi le due maniere di essere del titolo autorizzante la cancellazion dell' ipoteca, che poi son due modi della cancellazione stessa: *volontario* cioè e *giudiziale*, costituiti, quello dalla volontà delle parti valevolmente manifestata, e diretta all' estinzion dell'ipoteca, o del diritto ipotecario, inteso in dipendenza o no della cessazion del credito, o per l'iscrizione: risultante l'altro da decisione dell'autorità competente (giudiziaria od amministrativa), che abbia stato di cosa giudicata.

467. Il *titolo volontario* autorizzante la *domanda* di cancellazione (2), esige, perchè sia valevolmente posto in essere, il concorso di elementi relativi al suo contenuto intrinseco, ed alla sua esteriorità. Di quest'ultima forma basterà dire, che deve consistere nell'atto pubblico, o nella scrittura privata avente la firma del dichiarante autenticata da notaio, o riconosciuta in giudizio; e se l'atto pubblico fosse ricevuto all'estero, occorrono pure a convalidarlo le garanzie ordinate pel caso di atto contenente la creazion d' ipoteca (3). Identica è qui la forma a quella richiesta pel titolo necessario ad effettuar l' iscrizione, vôlta com' è all'identico fine della *pubblicità* risultante dai registri ipotecari; e la legge tal necessità ha imposto in via generale, ed anche nel caso particolare

(1) È occorso già di osservare, come assai limitato sia nell'ordinamento tecnico il concetto della *pubblicità* voluta per l'acquisto o le modificazioni dei diritti reali; e s'è pur detto, che l'interpretazione data per ordinario alla legge tende a restringerlo ancor più.

(2) C. civ., a. 2033.

(3) C. civ., a. cit.

Digitized by Google

dell' ipoteca legale conceduta all'alienante, ordinando al conservatore di non inscriverla quando gli si presenti l'atto pubblico, o la scrittura privata munita della garanzia or descritta, constatante che l'acquirente ha eseguito gli obblighi tutti a lui derivati dall'acquisto (1).

Rispetto alle forme intrinseche, convien definire chi possa voler l'atto inducente la cancellazione, e qual ne sia il contenuto. Può volerlo chi è effettivamente titolare del diritto d'ipoteca, non potendosi giuridicamente disporre di cosa che non s'ha, e quindi il cessionario del credito, o della sola ipoteca (2), e nel caso d'ipoteca accedente ad un titolo al portatore, chi abbia quest'ultimo al momento in cui alla cancellazion consente (3); purchè sia *capace* di esercitare il potere di liberar dall'obbligazione, di disporre del suo diritto. Il minore emancipato, e l'inabilitato che hanno i poteri compresi nella semplice amministrazione, possono liberare per sè chi sia loro debitore in conseguenza di tali atti, e quindi disporre la cancellazion di quelle iscrizioni che a ciò si riferiscono (4); e se non potessero operar valevolmente la liberazione senza essere assistiti dalle persone il cui intervento sia necessario a tal fine, non potranno senza questo concorso consentir la cancellazione, a meno che, con atto separato, il debitore avesse già valevolmente ottenuto la liberazion del suo debito (5). Certo, il più delle volte sarà quest'ultimo atto bastevole a far cancellare l'iscrizione; ma se la cancellazione fosse consentita separatamente, il contenuto dell'atto si connetterebbe all'altro della seguita liberazion dal debito, e vi s'estenderebbero le osservate garanzie riferentisi alla capacità di consentire. A maggiori cautele si deve poi ricorrere, quando la liberazion dell'ipoteca non derivi dall'estinzione del credito (6).

Le altre persone che nell'esercizio dei loro diritti sono interamente soggette all'autorità altrui (minori soggetti a potestà patria, od all'autorità tutoria) non possono in alcun modo consentire la cancel-

---

(1) C. civ., a. 1985 cit.

(2) C. civ., a. 2034. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1824 e seg.; André, op. cit. 1626 e seg.

(3) V. gli Aut. cit. nella n. preced. V. pure Pont, op. cit., II, 1080.

(4) Cons. Pont, op. cit., II, 1076, 1077.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1829. Cfr. Colmet de Santerre, op. cit., IX, 138bis IV.

(5) V. la n. preced.

(6) Occorre in tal caso la capacità di poter disporre delle cose proprie.

Digitized by Google

lazione delle ipoteche loro spettanti, neppure col concorso di chi ne amministra il patrimonio; e il padre (1), il tutore (2), debitamente autorizzati, possono sì riscuotere i capitali dovuti all' amministrato, e liberare per via del pagamento le cose ipotecate a garantirlo, ma, pur avendo essi il poter di esigere e liberare il debitore, non potrebbero consentire la cancellazione dell'iscrizione relativa al credito, se questo non sia soddisfatto (3), od altrimenti estinto in modo valido: l'atto involgerebbe un poter di disposizione che non hanno, ed al quale non si può procedere senza l'osservanza di più gravi garanzie tutelari (4). Altro è se il pagamento sia seguíto valevolmente; le stesse condizioni di validità in cui esso è effettuato, son sempre bastevoli a consentire la cancellazione con atto posteriore, legittimato dall'autorizzazion già concessa (5). Il qual ordinamento s'estende a qualunque altro amministratore (6): i cui poteri rispetto al concedere liberazion dall'ipoteca si debbono misurare secondo le leggi speciali che ne disciplinano le funzioni, come avvien dei corpi amministrativi, o degli statuti particolari dell'ente governato, nel caso di amministrazione di altre persone giuridiche, civili o commerciali (7). E la legge determina pure la capacità che a liberar dalle ipoteche conviene alla donna maritata: la quale potrà senz' altro consentirvi quando la sicurtà si riferisca a semplici atti di amministrazione: mentre dovrà concorrere al suo atto la necessaria autorizzazion maritale, o giudiziale, se l'estinzione del credito non sia valevole senza tal concorso, o se indipendentemente da tal estinzione vi sia concessa la liberazione dell'onere ipotecario. Che se poi l'ipoteca si riferisse a cosa dedotta nella

---

(1) C. civ., a. 225.

(2) C. civ., a. 296.

(3) C. civ., a. 2035. Cons. Huc, op. cit., III, 420; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1829.

(4) Aubry et Rau, op. cit., § 281; Laurent, op. cit., XXXI, 373; Troplong, op. cit., III, 738 *bis*; Pont, op. cit., II, 1078; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1845; André, op. cit., II, 1662.

(5) L'*accessorietà* dell'ipoteca fa sì che l'autorizzazione ad esigere comprenda il potere di consentire la cancellazione della sicurtà.

(6) C. civ., a. 2035 cit. Cons. su quest'argomento Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1831 e segg.

(7) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 281; Laurent, op. cit., XXXI, 214 e segg.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1830; André, op. cit., 1641, 1642.

Digitized by Google

dote, o nella comunion degli utili, le regole proprie di questi regimi patrimoniali tra i coniugi, determinano qual sia e fino a quando duri nel marito la capacità di concedere la liberazione.

468. Il contenuto di questo atto liberatorio, che può essere consentito direttamente, o per via di mandatario speciale (anche soltanto ad *esigere*), purchè il mandato consti da atto pubblico o scrittura privata autenticata o riconosciuta in giudizio (1), è, o la estinzion dell' obbligazione garantita dall' ipoteca, qualunque ne sia la causa, o l'estinzion della sola ipoteca, pel diritto intero, o per la sola iscrizione: e s'è visto come ai due modi risponda la capacità dell'agente, che rispetto al primo deve aver la capacità di liberare l'obbligato, e nel secondo la capacità di disporre. In ambi casi, la liberazione può avvenire per tutto l'onere, o per una parte, ed essere *totale* o *parziale*; e può seguire puramente o sotto condizione sospensiva di nuova ipoteca, di nuovo impiego, od altro: ma quando sia consentita così, non si può domandare od ottener la cancellazione, se non si fa constare al conservatore che le condizioni si sono adempite (2), perchè durante la lor pendenza è incerto se il diritto alla liberazione esisterà. La condizione potrebb' essere risolutiva, e aggiunta espressamente, o contenuta nella stessa entità dell'atto; essa non vieta che si proceda alla cancellazione: pure, quando l'iscrizione fosse conservata, l'avvenimento della condizione voluta le manterrà il vigore originario rimpetto ai terzi, siano essi i creditori già iscritti, od altri che abbiano iscritto le lor ipoteche nell'intervallo. La pubblicità mantenuta asseconda così la retroattività della condizione avverata.

469. L'atto liberatorio può aver figura di negozio giuridico unilaterale o bilaterale; e quando fosse unilaterale (come di ordinario si manifesta per via della *rinunzia*), e fatta da persona capace, e con le forme descritte, la sua virtù esiste indipendentemente da qualsiasi atto del debitore o del terzo, che includesse volontà di accettare (3), come sarebbe la domanda di cancellazione. Avrebbe perciò

(1) Aubry et Rau, op. cit., l. cit.; Pont, op. cit., II, 1074; Thézard, op. cit., 263; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1849.

(2) C. civ., a. 2037.

(3) App. Orléans, 29 nov. 1889 (*J. du P.* 1891, 1, 217).

Digitized by Google

carattere d'irrevocabile, eccezion fatto pei vizî di volontà che l'invalidassero; e, secondo il suo fine giuridico, varrebbe di estinzion dell'onere ancor prima che la cancellazione fosse eseguita, e rimpetto a tutti, sia in riguardo dei creditori già inscritti con grado inferiore, sia rimpetto a quelli che facessero iscrivere l'ipoteca nell'intervallo tra la concession della liberazione e la cancellazione (1). Vero è, che su questo punto il dubbio è grave assai, specialmente quando si ritenga che l'atto unilaterale può essere revocato prima della cancellazione: asserendosi da alcuni, che la sola cancellazione dia rimpetto ai terzi esistenza giuridica all'atto liberatorio, e però la revoca lasci intatta nel suo grado l'iscrizione originaria (2); ora, come s'è già osservato, un'affermazione così assoluta ripugna al modo tecnico tenuto nell'ordinare la *pubblicità*, e ancor più al rapporto di accessorietà che si volle tra l'iscrizione ed il credito garantito: l'atto liberatorio valevolmente seguìto rende senza causa l'iscrizione, sebbene l'averla mantenuta valga poi a conservare l'ipoteca originaria, se quell'atto, per qualsiasi causa, perda il suo valore. Pensano altri, che la revoca opera sì, quando sia venuta a notizia del conservatore prima della cancellazione, ma limitatamente, perchè l'ipoteca originaria avrebbe già perduto il suo grado per via dell'atto liberatorio, onde la revoca le darebbe vita soltanto dalla sua data; tanto più rispetto a quei creditori che avessero inscritto l'ipoteca prima della revoca, affidandosi all'esistenza dell'atto di liberazione (3). Neppur questa costruzione parrà corretta a chi pensi che tenendola si dà alla revoca una portata affatto arbitraria: e che, posta la possibilità di revocare, essa si estende di necessità a tutto l'atto cui si riferisce: e quando non si voglia asserire che l'atto unilaterale di liberazione sia irrevocabile come qui s'è affermato, la revoca seguìta prima della cancellazione dovrebbe mantenrr la virtù dell'iscrizione originaria rispetto a tutti. Chè tale è l'efficacia dell'iscrizione conservata rispetto all'annullamento del titolo liberatorio che sia retroattivo secondo la propria entità: nè rileva, se altri abbia nell'intervallo inscritto l'ipoteca sulla fede di questo titolo: in tal caso, potrà egli valersi dell'effetto della *culpa in contrahendo* contro

(1) Cons. Martou, op. cit. III, 1213 e segg.; Troplong, op. cit, III, 738; Pont, op. cit., II, 1105.

(2) Aubry et Rau, op. cit., III, § 28; Laurent, op. cit., XXXI, 225 e segg.

(3) V. la n. preced. Cons. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1889.

Digitized by Google

il creditore revocante, se ne occorrano i termini, e allora soltanto, a ragion di tal figura, potrà in riguardo del revocante aver virtù la sua ipoteca (1).

470. È giudiziale, o meglio *obbligatoria*, la cancellazione chiesta ed eseguita in virtù di sentenza passata in giudicato, o di altro provvedimento reso dall'autorità competente ad emanarlo, e diventato irrevocabile; irrevocabilità resa necessaria da ciò, che la correzione dell'atto avvenuta dopo la cancellazione recherebbe grave iattura al creditore, la cui iscrizione originaria nell'intervallo sarebbe tenuta come non esistente (2). Per il che, prima della decorrenza dei termini concessi per impugnarlo il provvedimento non varrà qual titolo autorizzante la cancellazione, sia ordinario il mezzo impugnativo, oppure straordinario (3) essendone in ogni caso possibile la revocazione; avvertendo, che nel caso di sentenza contumaciale, i termini decorrono dalla notificazion seguita non al domicilio eletto, o presunto eletto in conseguenza dell'iscrizione, sibbene al reale (4); nè rileva se la sentenza sia provvisoriamente esecutiva, perchè pur considerando che il giudice non potrebbe concedere quest'esecuzion provvisoria (5), è soltanto alle sentenze passate in giudicato che la legge accorda la virtù di titolo idoneo a procedere alla cancellazion dell'onere.

La sentenza può essere resa sull'istanza di chiunque possa avere interesse legittimo alla cancellazione dell'ipoteca; del debitore stesso, ancorchè eccepisca il solo difetto dell'iscrizione, sebbene generalmente s'insegni la dottrina opposta fondata sul concetto (qui non accolto)

---

(1) La decisione è qui dedotta dall'irrevocabilità della rinunzia valevolmente effettuata.

(2) C. civ. a. 2036, e 1999, che, per il luogo di citazione rinvia alle disposizioni generali della legge di procedura, quando l'instanza di cancellazione (o riduzione) sia fatta dal *debitore*: rispetto al quale l'esistenza e la consistenza dell'onere son considerate in relazione alla sua causa, ed al suo rapporto di accessorietà.

(3) Cons. Aubry et Rau, op. cit.; III, § 281; Troplong, op. cit., III, 739; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., II, 1878.

(4) Cfr. tuttavia Troplong, op. cit., III, 739; Pont, op. cit., II, 1096. L'opinione contraria, insegnante la necessità della notificazione al domicilio reale, ha più fautori: Aubry et Rau, op. cit., § 281; Thézard, op. cit., 265; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1874; André, op. cit., 1754; e risponde alla decisione della legge. C. civ., a. 1999 in f.

(5) Aubry et Rau, op. e l. cit.; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit. III, 1880.

Digitized by Google

che l'*iscrizione* valga soltanto a fissar l'ipoteca in rapporto ai terzi (1); dei terzi, o si tratti di terzo possessore, quantunque non abbia ancor proposto l'offerta di purga (2), o di terzi creditori ipotecari, o soltanto chirografari (3), o di chi per via di divisione abbia avuta tutta la cosa su cui uno dei compartecipanti avesse conceduto ipoteca per la sua quota indivisa (4). Vien resa contro quelle persone che, essendone capaci, avrebbero potuto consentire volontariamente la liberazione: ed ordina la cancellazion dell'onere quando, pei fatti giuridici di cui sia provata la certezza, l'ipoteca sia dimostrata insussistente per la non esistenza del credito garantito (come pur avverrebbe, se concessa la garanzia pel pericolo di evizione, esso sia dimostrato impossibile), o del solo diritto di sicurtà, o perchè l'iscrizione sia nulla (5).

Il provvedimento, che se fosse reso in paese estero, dev'essere munito delle medesime, forme descritte, pel caso di sentenza autorizzante l'iscrizione, può ordinare la cancellazione totale o parziale, e ordinarla puramente o sotto condizione: quando ciò avvenga, la cancellazione non può essere eseguita se non si faccia constare al conservatore l'adempimento della condizione sospensiva fissata (6).

471. La cancellazione dev'essere domandata senza bisogno di forma apposita, all'ufficio delle ipoteche dov'esiste l'iscrizione, con la sola rimessione dell'atto che la giustifica (7); vien eseguita in margine dell'iscrizione stessa, con l'indicazione del titolo che la consentì o l'ordinò, della data in cui s'effettua, ed è sottoscritta dal conservatore (8). Il quale, per essere l'instanza vôlta non a fissare un acquisto già avvenuto, come s'è osservato per l'iscrizione, ma a toglier virtù all'acquisto già fissato, deve osservare, con la diligenza rispondente allo scopo dell'atto ed alle gravi conseguenze che possono derivarne, se il titolo, volontario o giudiziale, contenga tutti gli ele-

(1) Così, Aubry et Rau, op. e l. cit.; Pont, op. cit., II, 1083; Thézard, op. cit., 264; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1861.

(2) V. la n. preced.

(3) V. la n. preced.

(4) V. la n. preced.

(5) Aubry et Rau,, op. cit., III, § 281; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1862.

(6) C. civ., a. 2037.

(7) C. civ., a. 2039.

(8) C. civ., a. 2038 cit.

Digitized by Google

menti di forma intrinseca ed estrinseca, ch'è necessario concorrano ad assicurarne la validità. Dovrà quindi accertarsi se la persona che lo sentì, o contro la quale venne reso, avesse in quel tempo il potere conoccorrente a consentirlo, od a rappresentare ancora il titolare dell'ipoteca iscritta (1); se il provvedimento abbia acquistato l'irrevocabilità necessaria per poter procedere alla cancellazione: se la condizione sospensiva siasi avverata; e se le forme estrinseche siano tutte osservate: ma rimpetto alla capacità non dovrà far maggiori indagini di quanto non apparisca dall' atto stesso, eccetto che, o pel contenuto di questo, o di altri atti dello stesso concedente da lui conosciuti per ragion d' ufficio (come sarebbe l'opposizione notificatagli), non abbia il dovere di dubitarne gravemente (2).

Quand' egli ricusi di cancellare l'iscrizione, la parte richiedente può sollevarne reclamo al tribunale civile competente per ragion di territorio (3), che provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e sentito d'ufficio il conservatore nelle sue osservazioni scritte; può anche ordinare che sian chiamate le persone presunte interessate, e in tal caso, come pur quando la domanda di cancellazione è proposta direttamente in contraddittorio degli interessati, si debbono osservare le norme del provvedimento sommario, sentito il pubblico ministero. Contro il procedimento del tribunale è ammesso il richiamo in appello od in cassazione, in conformità delle leggi generali, e si debbono osservare per conoscerne le medesime forme di procedimento or descritte; che son di sufficiente garanzia agli interessi del richiedente, del pubblico, e di chi altri dovesse intervenire nel giudizio.

472. Le regole già dichiarate sulla responsabilità del conservatore in dipendenza di iscrizioni non fatte o mal fatte, o di certificati non regolari, hanno pur applicazione qui, pel caso che *ingiustamente* e *con colpa* (dovendo concorrere per la sua responsabilità i termini dell'ingiuria oggettiva e soggettiva) non abbia accolto l'istanza di cancellazione, oppur accogliendola, ed eseguendo la cancellazione, abbia male operato facendola più estesa o più ri-

(1) Cons. Aubry et Rau, op. cit., III, § 268; Laurent, op. cit., XXXI, 207, 208; Pont, op. cit., II, 1098; 1899; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1877, 1882 e seg.

(2) Cons. e cfr. App. Amiens 14 giugno 1890 (*J. du P.* 1890, I, 907).

(3) C. civ., a. 2089.

Digitized by Google

stretta del dovuto (1); che se gli venisse notificata un'opposizion diretta a sospendere la cancellazione, non sarebbe in colpa respingendo la domanda, sebben motivata con apparenza di serietà, se fosse presentata fuori d'orario. Qualora poi tra il certificato constatante la cancellazione, o le copie da lui rilasciate, e lo stato dei registri esistesse contraddizione, prevale, pel fine della pubblicità ch'è in essi, l'enunciazion dei registri, salva, a chi v'abbia diritto, l'azion vôlta a dichiarare la responsabilità (2), pei danni derivati dall'inesattezza delle copie o dei certificati.

473. L'effetto della cancellazione è determinato dall'estensione ch'essa ha, e produrrà in conseguenza l'estinzion totale o parziale dell'ipoteca, o della sola iscrizione, secondo la virtù del titolo volontario o giudiziale che vi ha dato causa. Può avvenire che il titolo sia posto nel nulla, a causa di vizî infirmanti la volontà di chi consentì la liberazione; se la cancellazione non fosse ancor eseguita, la permanenza dell'iscrizione manterrà all'ipoteca il suo grado di origine, unendovisi per essa, secondo s'è qui proposto, la retroattività inerente al titolo: e se fosse stata eseguita, verrà operata in base del nuovo titolo la rettifica a margine della cancellazione effettuata (3), rimanendo salvi i diritti che i terzi avessero acquistato e valevolmente conservato nell'intervallo (4).

---

(1) V. la n. preced.

(2) V. la n. preced. Cod. civ., a. 2068 cit.

(3) Cfr. tuttavia Aubry et Rau, op. cit., III, § 280; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 138 *bis* VII; Martou, op. cit., III, 1224; Pont, op. cit., II, 1107; André, op. cit., 1807; Boulanger et Recy, *Tr. prat. et théor. d. radiations hypothec.* (Paris, 1886, 2e éd.) I, 16, che ritengono la necessità di una nuova iscrizione, non potendo altrimenti rivivere la prima; e v. pure Cass. fr. 22 giugno 1895 *J. du P.* 1896, I, 481). Ma cons. nel senso della decisione qui difesa, perchè l'iscrizione non scompare dai registri (e si deve pur soggiungere, che le operazioni tutte riferentisi alla cancellazione ed alla rettifica hanno, pel modo di esecuzione, la pubblicità necessaria), Laurent, op. cit., XXXI, 232; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op., cit., III, 1892.

(4) Cons. Aubry et Rau, op. cit., 8, cit.; Martou, op. cit., III, 1224; Troplong, op. cit, III, 746 126 *bis*; Pont, op. cit., II, 1107; Thézard, op. cit., 266; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, op. cit., III, 1893 e segg.; André, op. cit., 1807. Arg. Cass. del Belgio, 20 apr. 1893 (*J. du P.* 1893, 4, 29). Ma se il creditore non avesse nell'intervallo fissato il suo diritto, non importa s'egli affermi di non averlo fatto fidandosi sulla cancellazione dell'ipoteca che lo superava in grado, o lo danneggiava con la prelazione: col non iscrivere la sua ipoteca non ha dato esistenza al rapporto reale di sicurtà. Cfr. tuttavia Aubry et Rau, op. cit., § cit.; Baudry-

Digitized by Google

474. La cancellazione può anche avvenire come *rettifica o semplice correzione* dell'iscrizione (1): il procedimento necessario ad eseguirla così, in virtù dell'atto volontario o necessario che la consenta o l'ordini, è lo stesso ch'è stato or descritto.

LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 1896. E per ciò che concerne i terzi, non rileva se il creditore abbia consentito la cancellazione indottovi da dolo: Cass. fr. 25 giugno 1895 in *J. du P.*, 1897, I, 548); e se il terzo che ha fissato il suo diritto iscrivendo o trascrivendo, avesse proceduto a tal forma *prima della cancellazione* (App. Angers, 13 giugno 1891, in *J. du P.* 1897, 2, 99), quest'opera del pari. Cfr. AUBRY et RAU, op. cit., § cit.

(1) C. civ., a. 2038 in f. S'intende che se l'errore deriva da nota irregolare, l'interessato deve curar la rettifica: se deriva da errore del conservatore, questi può procedervi d'ufficio. Cons. PONT, op. cit., II, 1012; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, 1708.

FINE DEL TRATTATO DELL'IPOTECA.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

PRIVILEGI ED IPOTECHE

PARTE SPECIALE — Diritto d'Ipoteca

CAPITOLO I. — *La creazione del rapporto reale d'ipoteca.*

1. Transizione dalla parte generale dell'esposizione, alla speciale. Dell'*ipoteca*, garanzia reale immobiliare . . . . . *pag.* 1
2. Continuazione . . . . . » 4
3. Partizione della materia . . . . . » 7

§ 1. I fonti onde deriva la creazione dell'ipoteca.

4. La *volontà* e la *legge*. Ancora dell'*obligatio rei*, e dell'accessorietà del rapporto di pegno. Vario modo col quale l'azion della legge si determina, secondo che crea l'ipoteca su cosa particolare oppure su di un insieme di cose . » 9
5. Continuazione . . . . . » 12
6. Nel primo caso la funzione sua vien dichiarata dalla *volontà;* si può ancora dedurre dal criterio della qualità del credito garantito: ma la ragion fondamentale è la ragion di causa. . . . . » 14
7. Nell'altro domina il concetto della prelazione dovuta alla qualità del credito. Criterio generale intorno l'ordinamento ch'è dato dalla legge su questa materia . . . . . » 20
8. Partizione . . . . . » 21
9. Continuazione . . . . . » 24
10. Continuazione . . . . . » 25

§ 2. Dell'ipoteca volontaria.

11. Come la volontà si possa esplicare nella creazione dell'ipoteca. Azione sua: rispetto al credito che si vuol garantire, ai beni offerti in garanzia, alla trasmissione del debito con la trasmissione della cosa onerata: ed all'ipoteca consentita dalla legge, che riman perciò mutata in volontaria, e come; rinvio . . . . . » 28
12. La volontà contenente soltanto la *promessa* di costituire l'ipoteca: entità dell'atto: diritti ed obbligazioni inerenti al rapporto così costituito . . . » 31
13. *Negozio* che la volontà può costituire a fin di creare l'ipoteca: unilaterale, bilaterale . . . . . » 33
14. La *capacità* delle persone intervenienti a costituirlo: negozio unilaterale: regola . . . . . » 36
15. Negozio bilaterale: capacità di volere del concedente. Regola. Minori interdetti. Regole speciali al commercio . . . . . » 40

Digitized by Google

16. La incapacità del rappresentante . . . . . *pag.* 41
17. Conseguenze dell'incapacità: annullabilità dell'atto. Sanatoria: modo speciale di essa per via dell'intervento all'iscrizione . . . . . » 42
18. Effetto suo rimpetto ai terzi che nell'intervallo avessero acquistato e conservato diritti sulla cosa onerata . . . . . » 46
19. La *capacità speciale* di poter volere la creazione dell'ipoteca: capacità di *disporre della cosa*. Regola. Minori emancipati. Inabilitati; donna maritata. Regole speciali al commercio. Fallimento . . . . . » 49
19². Continuazione . . . . . » 52
19³. Continuazione . . . . . » 56
19⁴. Continuazione . . . . . » 58
19⁵. Continuazione . . . . . » 60
19⁶. Continuazione . . . . . » 62
19⁷. Continuazione . . . . . » 68
19⁸. Continuazione . . . . . » 71
19⁹. Continuazione . . . . . » 72
19¹⁰. Continuazione . . . . . » 76
19¹¹. Continuazione . . . . . » 77
19¹². Continuazione . . . . . » 80
19¹³. Continuazione . . . . . » 81
19¹⁴. Continuazione . . . . . » 84
19¹⁵. Continuazione . . . . . » 85
19¹⁶. Continuazione . . . . . » »
19¹⁷. Continuazione . . . . . » 87
19¹⁸. Continuazione . . . . . » 90
20. Effetti, e sanatoria dell'incapacità speciale . . . . . » 91
20¹. Continuazione . . . . . » 94
20². Continuazione . . . . . » 95
21. Atto del rappresentante. Marito amministratore della dote e della comunione. Società civili e commerciali. Erede apparente . . . . . » 96
21². Continuazione . . . . . » 98
21³. Continuazione . . . . . » 99
21⁴. Continuazione . . . . . » 100
21⁵. Continuazione . . . . . » 101
21⁶. Continuazione . . . . . » 102
21⁷. Continuazione . . . . . » 105
21⁸. Continuazione . . . . . » 106
21⁹. Continuazione . . . . . » 107
22. Sanatoria; e specialmente della ratifica. Effetti . . . . . » »
23. Rinvio . . . . . » 109

§ 3. La dichiarazione della volontà. Forma.

Volontà tacitamente manifestata.

24. Della volontà *espressamente* manifestata di creare l'ipoteca. Forma dell'ipoteca convenzionale: ordinamento della legge rispetto alla forma richiesta per la *creazione* dell'onere, ed a quella occorrente per tal *creazione* come atto necessario a costituirla. Atto pubblico, scrittura privata. Scrittura privata riconosciuta in giudizio, o avente le firme autenticate da notaio . . . » 109
25. Continuazione . . . . . » 111
26. Continuazione . . . . . » 114
27. Atto ricevuto da un ufficiale amministrativo. Verbali di conciliazione . . » 116
28. Ipoteca sui titoli del Debito pubblico; ipoteca navale . . . . . » 118
28 *bis*. Continuazione . . . . . » 119
29. La forma della creazione dell'ipoteca non si riferisce alla forma relativa al credito garantito . . . . . » 120
30. Volontà dichiarata per mezzo di mandatario. Forma del mandato . . . » 121

Digitized by Google

31. Se all'atto creativo debbano concorrere le due parti; accettazione posteriore; forma. Accettazione tacita: iscrizione . . . . . pag. 124
32. Ipoteca volontaria creata per via di negozio unilaterale: testamento segreto, testamento olografo . . . . . » 125
33. Volontà di creare l'ipoteca manifestata *tacitamente:* casi in cui ciò avviene: rinvio . . . . . » 126
34. Continuazione . . . . . » 127
35 Promessa d'ipotecare. Forma . . . . . » »
36. Atto creativo d'ipoteca ricevuto in paese estero . . . . . » 128
37. Conseguenza del *vizio di forma.* Sanatoria . . . . . » »
38. Continuazione . . . . . » 129
38 *bis.* Continuazione . . . . . » 130

§ 4. Forma intrinseca.

La *specialità* dell'ipoteca. Estremi della *creazione* del rapporto.

A. Il credito.

39. Rinvio ai concetti generali. La specialità nella creazione dell'ipoteca . . » 131
40. Estremi. Il credito garantito. Caratteri: dev'essere *certo,* determinato nella sua individualità . . . . . » 133
41. Dev'essere *attuale:* o come ragion di credito, o come speranza legittima che sia già nel patrimonio. Credito condizionale . . . . . » »
42. Continuazione . . . . . » 136
43. Non rileva che sia attualmente indeterminato rispetto alla *quantità* come nel credito relativo ad un *conto corrente;* ma non dev'essere indeterminato rispetto alla sua esistenza, come avviene nel credito futuro . . . . » 139
44. Continuazione . . . . . « 140
45. Del vizio inerente all'atto costitutivo del credito: rapporto tra questo atto e la concession dell'ipoteca destinata a garantirlo. Sanatoria . . . . » 141
46. Vizio che intacca l'esistenza dell'atto: obbligazione naturale: la creazion d'ipoteca in relazione ad essa . . . . . » 143

B. La cosa onerata di sicurtà ipotecaria.

47. Regola: l'ipoteca si può creare soltanto su immobili. Determinazione di essi: immobili per natura. Valore del provvedimento legislativo enunciante le cose suscettibili d'ipoteca: interpretazione . . . . . » 146
48. Beni immobili per natura. Alienabilità . . . . . » »
49. Beni demaniali. Ferrovie . . . . . » 148
50. Concessione dell'esercizio delle ferrovie . . . . . » 150
51. Linee tramviarie . . . . . » 151
52. Sottosuolo . . . . . » 152
53. Soprasuolo . . . . . » 153
54. Superficie. Rinvio . . . . . » 154
55. Concessioni di occupazione del sottosuolo . . . . . » »
56. Concessione di occupazione del soprasuolo . . . . . » 155
57. Corsi d'acqua . . . . . » 156
58. Ipotecabilità della nuda proprietà. Può essere costituita l'ipoteca sulla nuda proprietà dallo stesso proprietario? O sul solo usufrutto? . . . . » 157
59. Continuazione . . . . . » 160
60. Estensione dell'ipoteca alle cose che accedono all'immobile ipotecato . . » »
61. Diritto di accrescimento . . . . . » 161
62. Costruzioni fattevi dal conduttore che ne avesse ottenuta la concessione pel tempo della locazione. Questioni . . . . . » 163
63. Continuazione . . . . . » 164
64. Prodotti della cosa . . . . . » 167
65. Continuazione . . . . . » 168
66. Frutti civili . . . . . » 171

Digitized by Google

67. Continuazione . . . . . pag. 172
68. Ipotecabilità della servitù. Può il proprietario costituire ipoteca contenente il potere di costituire una determinata servitù? Questioni . . . . . » »
69. Continuazione . . . . . » 173
70. Continuazione . . . . . » 174
71. Continuazione . . . . . » »
72. Continuazione . . . . . » 175
73. Continuazione . . . . . » 176
74. Continuazione . . . . . » 178
75. Continuazione . . . . . » 179
76. Ipotecabilità dell'enfiteusi . . . . . » 180
77. Ipotecabilità del diritto di superficie. Questioni . . . . . » 181
78. Continuazione . . . . . » 182
79. Cosa indivisa . . . . . » 183
80. Continuazione . . . . . » 184
81. Cose mobili . . . . . » 185
82. Continuazione . . . . . » »
83. Eccezioni intorno l'ipotecabilità di cose mobili determinate . . . . . » 186
84. Ipoteca navale. A quali navi si estenda: accessorî che comprende. Nolo . » »
85. Continuazione . . . . . » 187
86. Continuazione . . . . . » »
87. Continuazione . . . . . » 188
88. Continuazione . . . . . » »
89. Continuazione . . . . . » 189
90. Continuazione . . . . . » »
91. Continuazione . . . . . » 190
92. Continuazione . . . . . » »
93. Continuazione . . . . . » 191
94. Continuazione . . . . . » »
95. Continuazione . . . . . » »
96. Continuazione . . . . . » 192
97. Titoli di rendita dello Stato . . . . . » »
98. Continuazione . . . . . » 194

Capitolo II. — *L'ipoteca volontaria tacita* (legale impropria).

99. Entità sua, e perchè differisca dall'ipoteca *volontaria*, e dall'ipoteca *legale* propriamente detta . . . . . » 195
100. Continuazione . . . . . » 197
101. Regola d'interpretazione rispetto alle cause di questa maniera d'ipoteca; e designazione speciale di esse . . . . . » 198
102. Continuazione . . . . . » 199

§ 1. L'ipoteca legale dell'alienante.

103. La prelazione conceduta all'alienante; ragion sua, ed estensione vera del termine adoperato dalla legge . . . . . » 199
104. Applicazioni . . . . . » 201
105. Dazione in pagamento . . . . . » 204
106. Permuta . . . . . » 205
107. Donazione a titolo oneroso . . . . . » 206
108. Vendita con patto di riscatto . . . . . » 208
109. Il concetto di alienazione suppone tuttavia che l'oggetto sia cosa ipotecabile. Costituzione di servitù. *Quid* dell'acquisto di comunione del muro divisorio. Costituzione di altro diritto reale . . . . . » 209
110. Estensione dell'*oggetto* sul quale cade quest'ipoteca . . . . . » 211
111. Continuazione . . . . . » 213
112. Estensione del credito garantito . . . . . » »

Digitized by Google

113. Continuazione . . . . . pag. 214
114. Continuazione . . . . . » 215
115. Continuazione . . . . . » »

§. 2 L'ipoteca legale dei condividenti.

116. Ragion di essere di quest' ipoteca, e analogia che ha con quella ond' è giustificata l'ipoteca dell'alienante . . . . . » 217
117. Continuazione . . . . . » 219
118. Per quali atti ed a chi è conceduta . . . . . » 220
119. Continuazione . . . . . » 222
120. Continuazione . . . . . » 225
121. Su quali cose essa è imposta . . . . . » 226
122. Continuazione . . . . . » 227
123. Continuazione . . . . . » 229
124. Quali crediti garantisce . . . . . » 230
125. Continuazione . . . . . » 232

§ 3. Della forma dell'atto producente l'ipoteca legale volontaria.

126. Ragione e posizion della questione . . . . . » 234
127. Vendita. Divisione . . . . . » 236

Capitolo III. — *L'ipoteca legale propriamente detta (ipoteca* legale, *ipoteca* giudiziale).

128. Carattere dell'ipoteca legale propriamente detta. Analogia col privilegio e con l'ipoteca tacita . . . . . » 238
129. Continuazione . . . . . » 239
130. Continuazione . . . . . » 240
131. Cont. La capacità delle parti . . . . . » »
132. Se la provvisione delle parti faccia cessare questa protezione della legge . » 241
133. Cause determinanti l'ipoteca legale propriamente detta . . . . . » 243
134. È *generale* rispetto al titolo che la crea; ma il principio regolatore della *specialità* la governa nel costituirla . . . . . » 244
135. Anche se vien riferita al patrimonio ipotecabile com'è in un dato momento . » 246
136. Confronto con l'ipoteca giudiziale . . . . . » 248
137. Continuazione . . . . . » »
138. Il rimedio della riduzione . . . . . » 250

§ 1. L'ipoteca legale spettante ai minori e agli interdetti.

139. Ragion della legge . . . . . » 252
140. *Generalità* dell'ipoteca: correttivi. Restrizione e riduzione . . . . » 254
141. Continuazione . . . . . » 256
142. Continuazione . . . . . » »
143. Continuazione . . . . . » 258
144. A chi tal garanzia compete, e contro chi . . . . . » »
145. Cont. Tutela legale dei figli naturali riconosciuti. Vedova passata a seconde nozze . . . . . » 260
146. Tutore di fatto . . . . . » 261
147. Crediti che quest'ipoteca garantisce . . . . . » 263
148. Continuazione . . . . . » 264
149. Su quali beni l'ipoteca può essere iscritta . . . . . » 266

§ 1 *bis*. Di altri casi di garanzia statuita per ragion di amministrazione, e ch'è distinta dall'ipoteca legale.

150. Quali essi siano . . . . . » 267

Digitized by Google

§ 2. L'ipoteca legale della donna maritata.

151. Ragion di questa sicurtà . . . . . pag. 269
152. Continuazione . . . . . » 271
153. Generalità dell'ipoteca . . . . . » 272
154. Continuazione . . . . . » 273
155. Ragioni garantite. Dote: lucri dotali . . . . . » 274
156. Accessori del credito derivante da ragione dotale. Interessi. Vesti ed alimenti durante l'anno di lutto . . . . . » 276
157. Continuazione . . . . . » 277
158. Credito di alimenti . . . . . » 278
159. Spillatico . . . . . » 279
160. Determinazione del credito . . . . . » 280
161. Beni sui quali cade l'ipoteca legale . . . . . » 281
162. In qual tempo sono considerati come idonei a sostenerla . . . . . » »
163. Continuazione . . . . . » 282
164. Continuazione . . . . . » 284
165. Cont. Beni soggetti a condizion risolutiva . . . . . » 286
166. Beni del marito commerciante . . . . . » 287
167. Continuazione . . . . . » 288
168. Continuazione . . . . . » 289
169. Fallimento . . . . . » 290
170. Continuazione . . . . . » 291
171. Continuazione . . . . . » 294
172. Restrizione dell'ipoteca legale. Riduzione. Rinuncia . . . . . » 295
173. Continuazione . . . . . » 296
174. Invalidità. Matrimonio putativo . . . . . » 298

§ 3. L'ipoteca legale spettante allo Stato per ragion di condanna penale.

175. Ragion della legge. Termini in cui la sicurtà è contenuta, e carattere suo . » »
176. La prelazione tra i crediti ch'essa garantisce . . . . . » 300
177. Continuazione . . . . . » 301

Capitolo IV. — *L'ipoteca giudiziale.*

178. Ragion sua di essere; e carattere suo . . . . . » 302
179. Continuazione . . . . . » 304
180. Continuazione . . . . . » »

§ 1. Quali sentenze diano diritto a costituire l'ipoteca giudiziale.

181. La sentenza non muta l'entità del diritto dichiarato, ma siccome lo *dichiara* dà il diritto alla costituzion e (creazione e costituzione) della sicurtà; quindi l'atto produce questo effetto allorchè, 1° dichiara il diritto di obbligazione, 2° condanna l'obbligato ad osservarlo . . . . . » 306
182. Hanno tal valore le pronunzie dei tribunali giudiziari ed amministrativi. Le conciliazioni non hanno gli estremi or descritti, e non producono il diritto all'ipoteca. Neppur lo hanno i provvedimenti resi in tema di giurisdizione volontaria; e le ordinanze, anche se esecutive . . . . . » 308
183. Continuazione . . . . . » 309
184. Continuazione . . . . . » »
185. Continuazione . . . . . » 310
185 *bis*. Continuazione . . . . . » 311
186. Cosa debba contenere la *condanna* dell'obbligato: entità cioè dell'obbligazione imposta. Applicazioni . . . . . » »
187. Continuazione . . . . . » 313

Digitized by Google

§ 2. Dei beni sui quali l'ipoteca può gravare.

188. Generalità di quest'ipoteca: e come s'intende. Principio generale intorno ai *beni* idonei a sopportarla. In qual momento il patrimonio si considera . . *pag.* 315
189. Continuazione . . . . . » 316
190. Beni spettanti a persone incapaci. Beni spettanti ai corpi morali, e non alienabili senza l'osservanza delle norme speciali a ciò relative . . . . » 317
191. Continuazione . . . . . » 318
192. Beni componenti un patrimonio in istato di liquidazione. Fallimento . . » 319
193. Continuazione . . . . . » 321
194. Continuazione . . . . . » 322
194 *bis*. Continuazione . . . . . » 323
195. Continuazione . . . . . » 324
196. Continuazione . . . . . » 325
197. Eredità giacente; eredità beneficiata . . . . . » »
198. Beni inalienabili: dote, e beni cadenti nella comunione degli utili . . . » 326
199. Continuazione . . . . . » 328
199 *bis*. Continuazione . . . . . » »

Capitolo V. — *Effetti della* creazione *dell'ipoteca.*

200. Ancora della separazione fondamentale proposta tra i due momenti della « *creazione* » e della « *costituzione* » dell'ipoteca: in qual rapporto essi siano, e come avendosi l' « *esistenza* » del diritto reale soltanto per virtù del secondo termine, il primo valga qual *obbligazione di costituire* o *lasciar costituire la sicurtà promessa* . . . . . » 329
201. Continuazione . . . . . » 330
202. Continuazione . . . . . » 331
203. Continuazione . . . . . » 333
204. Di altre dottrine su quest'argomento, e della teoria dominante . . . . » 334
205. Determinata così l'entità della « *creazione* » dell'ipoteca, questo momento si riferisce specialmente all'ipoteca *volontaria*, non alla *legale* propriamente detta » »
206. Descrizione generale degli effetti che ne derivano; e tra chi . . . . . » 335

§ 1. *A*) L'obbligazione del concedente di " *garantire* " la creazione dell'ipoteca.

207. Ragion di questa obbligazione: per un verso, il suo contenuto si trae dall'obbligo generale di garantire, ch'è in ogni negozio di concessione di diritti: per l'altro dal fine speciale della concessione. Conseguenze . . . . . » 337
208. Garanzia riferentesi al primo di questi due elementi . . . . . » 338
209. Garanzia riferentesi al secondo, e obbligante il concedente l'ipoteca a supplirne il valore, quando, non per suo fatto colposo, sia diminuito da quel ch'era. Differenza tra questo ed il caso che la diminuzione di garanzia derivi da colpa dell'obbligato . . . . . » 339
210. *Quid*, se l'ipoteca fosse conceduta da una terza persona? . . . . . » 341
211. Dei termini occorrenti perchè tal garanzia possa essere pretesa. 1° A qual ragion d'ipoteca si riferisce. 2° Carattere ed entità dell'atto diminutivo della garanzia . . . . . » 342
212. Continuazione . . . . . » 343
213. Dei casi in cui al perimento della cosa corrisponde la sostituzione del valore corrispondente. Surrogazione ipotecaria: rinvio . . . . . » 344
214. Del diritto di scelta spettante al concedente . . . . . » 345

§ 2. L'obbligazione di garantire in relazione alla " *costituzione* " dell'ipoteca.

215. Contenuto di tal parte dell'obbligazione di garantire: e ragion sua . . » 346
216. Continuazione . . . . . » 347
217. Continuazione . . . . . » 348

Digitized by Google

Capitolo VI. — *La* " costituzione „ *del diritto reale d'ipoteca.*

218. Ancora sulla distinzione fondamentale proposta tra i due momenti della « *creazione* » e della « *costituzione* » dell'ipoteca. Quando pur vogliasi insistere sull'analogia strettissima delle due forme « *trascrizione* » ed « *iscrizione* », si può affermare che la differenza tra il diritto romano e l'odierno rispetto al « passaggio del dominio » si riduce a poco. La « *traditio* » e la « *trascrizione* » odierna: gli effetti della vendita tra le parti si spiegano col solo concetto dell'obbligazione. Riferimento di questi criteri all' « *iscrizione* » . . *pag.* 351
219. Continuazione . . . . . » 353
220. Continuazione . . . . . » 355
221. Continuazione . . . . . » 356
222. Continuazione . . . . . » 357
223. Applicazione a casi diversi, in cui la dottrina dominante vede la perfezione dell'ipoteca tra le parti senza l'iscrizione, e la dottrina proposta scorge soltanto l'effetto del negozio contenente l'alienazione . . . . . » 358
224. Conseguenze rispetto all'ipoteca legale . . . . . » 359
225. Partizione della materia . . . . . » 360

§ 1. Delle persone che hanno diritto e talvolta obbligo di domandare l'iscrizione.

226. Concetti generali . . . . . » 360
227. Di chi ha diritto a chiedere sia fatta l'iscrizione dell'ipoteca. Della capacità a ciò occorrente . . . . . » 363
228. Continuazione . . . . . » 364
229. Continuazione . . . . . » 365
230. Può chiederla il creditore, direttamente o per via di rappresentante. Forma del mandato. Della gestione di affari . . . . . » »
231. L'iscrizione può anche profittare ad altri interessati che non figurino nella richiesta . . . . . » 367
232. Dell'ipoteca che garantisce il titolo al portatore . . . . . » 369
233. Degli eredi del creditore: se abbiano diritto a domandare che l'iscrizione sia tolta a nome del loro autore, o se debbano chiederla a nome proprio. Il cessionario del diritto di credito garantito: se abbia diritto a chiedere l'iscrizione e a nome di chi. Delegazione . . . . . » »
234. Continuazione . . . . . » 371
235. Dei creditori del creditore; se esercitando i diritti del loro debitore l'iscrizione si debba domandare a di lui nome, o possano domandarla essi a nome proprio . . . . . » 372
236. Continuazione . . . . . » 373
237. Continuazione . . . . . » 374
238. Se questo diritto abbia il cessionario del solo diritto d'ipoteca (suppignoratario) . . . . . » »
239. Delle persone obbligate a richiedere l'iscrizione . . . . . » 376
240. Continuazione . . . . . » »
241. Continuazione . . . . . » 377
242. Continuazione . . . . . » 378
243. Continuazione . . . . . » »
244. Continuazione . . . . . » 379
245. Continuazione . . . . . » 380

§ 2. Contro di chi l'iscrizione dev'essere chiesta ed effettuata.

246. L'iscrizione dev'essere chiesta ed effettuata contro il concedente, o chi è altrimenti obbligato a sopportare la costituzione dell'onere . . . . » 382

Digitized by Google

247. Se tra il momento della *creazione* e la *costituzione* la cosa ipotecabile è passata ad altri, non occorre sia fatta l'iscrizione contro il possessore attuale, dato che contro di lui l'ipoteca sia valevole . . . . . pag. 383
247 *bis*. Continuazione . . . . . » 384
248. Continuazione . . . . . » »
249. Eccezione posta dalla legge . . . . . » »
250. Continuazione . . . . . » 385

§ 3. Del tempo nel quale l'iscrizione può essere valevolmente chiesta ed effettuata.

251. Termine utile per la costituzione dell'ipoteca. Quando esso comincia, e quando cessa. Regola; ed applicazione alle diverse cause onde l'ipoteca ha origine: ipoteca convenzionale (volontarja), legale (legale, giudiziale) . . . . » 386
252. Continuazione . . . . . » 388
253. Continuazione . . . . . » »
254. Continuazione . . . . . » 389
255. Cessa non per variazioni giuridiche avvenute rispetto alle persone, bensì per mutazioni seguite rispetto alla mutazion della *cosa* onerata nel patrimonio del concedente. Le variazioni relative alle persone, sebbene proiettantisi sul patrimonio, sono indifferenti; applicazioni. Successione di più chiamati. Iscrizione chiesta durante lo stato di comunione. Iscrizione chiesta dopo la divisione . . . . . » 390
256. Continuazione . . . . . » 391
257. Continuazione . . . . . » 392
258. Continuazione . . . . . » 393
259. Le mutazioni rispetto alla cosa si riferiscono: *A*) alla cosa per se stessa; oppure *B*) al patrimonio . . . . . » 394
260. Prima ipotesi: fin quando l'iscrizione sia possibile; regola. Trascrizione. Questioni sui vari modi di conflitto ch'essa dirime . . . . . » 395
261. Continuazione . . . . . » 396
262. Continuazione . . . . . » 398
263. Continuazione . . . . . » 400
264. Nave: annotazione sui registri. Titoli del debito pubblico . . . . . » »
265. Seconda ipotesi. Regola: stato di liquidazione del patrimonio: *A*) Fallimento. Questioni. *B*) Eredità beneficiata. *C*) Eredità giacente. *Quid* della separazione del patrimonio ereditario da quello personale dell'erede . . . . . » 401
266. Continuazione . . . . . » »
267. Continuazione . . . . . » 403
268. Continuazione . . . . . » »
269. Continuazione . . . . . » 405
270. Continuazione . . . . . » 406
271. Continuazione . . . . . » 408
272. Continuazione . . . . . » 409
273. Continuazione . . . . . » »
274. Continuazione . . . . . » 410
275. La regola esposta intorno alla decadenza, non s'applica ai casi in cui la legge fissi un termine speciale per l'iscrizione . . . . . » 411

§ 4. Le formalità occorrenti per l'iscrizione (*costituzione*) dell'ipoteca.

276. Davanti a quale ufficio si debba effettuare l'iscrizione . . . . . » 413
277. Il richiedente deve presentare in appoggio della sua richiesta 1) il *titolo* dal quale il suo diritto d'ipoteca trae la sua ragion di essere. Formalità estrinseche necessarie, perchè il titolo legittimi la richiesta d'iscrizione. Scrittura privata. Atto ricevuto all'estero. Può esser *titolo* l'atto pubblico anche non registrato. Qual si debba considerare come *titolo* nel caso di ratifica posteriormente seguita del titolo originario annullabile. Ipoteche legali e giudiziali. Della sentenza non ancora registrata. Se il conservatore possa procedere all'iscrizione senza aver visione del titolo . . . . . » 416

Digitized by Google

278. Continuazione . . . . . pag. 416
279. Continuazione . . . . . » »
280. Continuazione . . . . . » 417
281. Continuazione . . . . . » 419
282. Continuazione . . . . . » 420
283. Continuazione . . . . . » 421
284. Continuazione . . . . . » 422
285. Continuazione . . . . . » »
286. Continuazione . . . . . » 423
287. 2) Il richiedente deve pur presentare due note: *quid* se il titolo creativo dell'ipoteca si riferisca a più creditori e per crediti diversi? Le due note potranno esser fatte cumulativamente? . . . . . » 424
288. Indicazioni che queste due note debbono contenere. Designazione del creditore . . . . . » 425
289. Designazione del domicilio reale e del domicilio elettivo. Questioni . . . » 426
290. Continuazione . . . . . » »
291. Designazione del debitore . . . . . » 428
292. Designazione del *titolo* giustificante la richiesta . . . . . » »
293. Designazione della somma principale dovuta, degli accessori e del termine di esigibilità . . . . . » 429
294. Continuazione . . . . . » 431
294 *bis*. Continuazione . . . . . » 432
295. Designazione dei beni gravati. Eseguita l'iscrizione, il conservatore restituisce il titolo ed una delle due note col certificato dell'iscrizione eseguita. Omissione delle formalità ordinate per la richiesta dell'iscrizione. Nullità . . » »
296. Continuazione . . . . . » 433
297. Continuazione . . . . . » 434
298. Cessione e surrogazione . . . . . » 435
299. Dell'ipoteca marittima e fluviale: trascrizione. Titoli nominativi di rendita . » 437
300. Continuazione . . . . . » 438

§ 5. La responsabilità del Conservatore delle ipoteche.

301. Ragione e termini di questa responsabilità. Rispetto all'obbligo di accettar la domanda d'iscrizione . . . . . » 439
302. Continuazione . . . . . » 440
303. Continuazione . . . . . » 441
304. Continuazione . . . . . » 443
305. Rispetto all'obbligo di effettuar l'iscrizione . . . . . » »
306. Rispetto all'obbligo di rilasciare i certificati . . . . . » 444
307. Rispetto alle variazioni o cancellazioni domandate . . . . . » 445
308. Colpa . . . . . » »
309. Continuazione . . . . . » 446
310. A chi spetti l'azione . . . . . » 447

Capitolo VII. — *La sanatoria dell'invalida creazione dell'ipoteca, e l'effetto che ne deriva all'iscrizione* (costituzione) *già eseguita.*

311. Concetto generale. L'influenza della sanatoria del titolo sull'iscrizione . . » 448
312. Continuazione . . . . . » 449
313. La ratifica impropria . . . . . » 450
314. Continuazione . . . . . » 451
315. Rettifica . . . . . » »

Digitized by Google

Capitolo VIII. — *Delle modificazioni che possono seguire rispetto agli elementi dell'ipoteca costituita, senza che per esse venga alterata l'entità del rapporto.*

316. In che queste modificazioni consistano . . . . . pag. 452
317. Distinzioni, e distribuzione dell'argomento . . . . . » 453
318. Continuazione . . . . . » »
319. Continuazione . . . . . » 454

§ 1. Le modificazioni vere al rapporto d'ipoteca.

A) Surrogazione del credito.

320. In quali modi questa surrogazione si possa determinare . . . . . » »
321. Continuazione . . . . . » 456
322. Continuazione . . . . . » 457
323. Continuazione . . . . . » 458
324. Continuazione . . . . . » 460
325. Continuazione . . . . . » »
326. Continuazione . . . . . » 461
327. Continuazione . . . . . » 462
328. Continuazione . . . . . » 463
329. Continuazione . . . . . » 464
330. Continuazione . . . . . » 465
331. Continuazione . . . . . » 466

§ 2. *B*) Surrogazione della cosa (*oggettiva*).

332. Di regola, tal surrogazione nel rapporto d'ipoteca costituita non è legalmente possibile . . . . . » »
333. Eccezione ordinata della legge. Ragion di essa. Teoria dedotta dal «*pagamento*» del credito con ipoteca anteriore. Confutazione . . . . . » 467
334. Costruzione proposta . . . . . » 468
335. Risultato: la surrogazione agisce, ancor quando i beni su cui s'esercita fossero già esciti dal patrimonio del debitore, al momento in cui ha nascita il credito a favor del quale avviene. E ancor quando dovesse cadere nella surrogazione l'ipoteca consentita da un terzo . . . . . » 469
336. Continuazione . . . . . » 471
337. Continuazione . . . . . » »
338. Continuazione . . . . . » 473
339. Continuazione . . . . . » »
340. Continuazione . . . . . » 474
341. Continuazione . . . . . » »

§ 3. Di altre modificazioni nei termini del rapporto reale d'ipoteca, che son soltanto correzioni rispetto al credito od alla cosa onerata.

342. Ragion di queste modificazioni. Distinzioni. Alcune son volontarie. Altre legali. Di queste ultime, alcune si riferiscono al *credito*, quando sia indeterminato, altre alla *cosa*, a fin di ovviare alla *generalità* ch'è rimasta nella causa di certe forme d'ipoteca . . . . . » 475
343. Differenza tra i due casi di riduzione . . . . . » »
344. Elementi riferentisi al primo . . . . . » 477
345. Elementi proprî del secondo . . . . . » »
346. In quali casi la riduzione è assolutamente esclusa. A chi spetti il diritto di chiederla . . . . . » 478
347. Continuazione . . . . . » 480
348. Continuazione . . . . . » »

Digitized by Google

Capitolo IX. — *Gli effetti dell'ipoteca costituita.*

349. La fissazione del rapporto reale, non toglie tuttavia la relazion di *garanzia* tra l'onere ed il credito garantito . . . . . *pag.* 482
350. Conseguenze di questo concetto fondamentale sulla partizion della materia . » 483

§ 1. Effetti dell'ipoteca costituita: 1) rispetto al credito garantito.

351. Accessorietà dell'ipoteca al credito garantito: rinvio. Estenzione dell'effetto che l'iscrizione (costituzione del vincolo) produce rimpetto all'obbligazione: capitale, spese, interessi . . . . . » 485
352. *Quid* se nella rata periodica dovuta per l'estinzione del debito, venga in proporzione capitale ed interesse? . . . . . » 487
353. Come si provveda pel caso che maggior somma d'interessi si voglia dedurre nella garanzia ipotecaria . . . . . » 488

§ 2. Cont.: 2) Rispetto al patrimonio dell'obbligato.

354. L'ipoteca costituita su cosa dell'obbligato, specializza la garanzia generale ch'è nel patrimonio, non la sopprime. Quindi, il divieto al creditore ipotecario di procedere sugli altri beni non ipotecati, prima di aver proceduto su quelli ipotecati . . . . . » »
355. Continuazione . . . . . » 490
356. Eccezione: insufficienza di questi pel soddisfacimento del credito garantito. Ragion di essa; e a chi spetti l'onere della prova . . . . . » »
357. Obbligazione solidale passiva, garantita su cose particolari di un coobbligato, o di più coobbligati . . . . . » 492

§ 3. Cont.: 3) Rispetto al terzo concedente l'ipoteca.

358. Nella costituzione d'ipoteca fatta da un terzo pel debito altrui, predomina il concetto di *garanzia*. Differenza tra questo rapporto e quello personale della fideiussione . . . . . » »
359. Conseguenze. Regola generale. Applicazioni. Il terzo non ha i benefici dell'escussione e della divisione . . . . . » 493
360. Non ha diritto di procedere all'abbandono, alla purga . . . . . » 494
361. Può opporre le eccezioni non personali al debitore . . . . . » »
362. E può anche opporre il *benefic. cedendarum actionum* . . . . . » 495

§ 4. Cont.: 4) Rispetto agli altri creditori.

363. Partizione generale di questi effetti, secondo che si riferiscono al fissare che l'ipoteca fa la condizion dei creditori ipotecari, ed al concorso. Accenno alla prima classe, e rinvio . . . . . » 496
364. Seconda classe: regola. Modificazione per via dello *ius offerendi* . . . » 497
365. Concorso coi creditori privilegiati . . . . . » 498
366. Cogli altri creditori ipotecari . . . . . » 500
367. Coi creditori chirografari . . . . . » 501

§ 5. Cont.: Rispetto al debitore.

368. Quali poteri rimangano al concedente sulla cosa onerata. Mantiene salvo il diritto di goderne, entro i termini che a ciò gli son segnati dal potere di già esercitato. Applicazioni. Obbligazioni di garantire . . . . . » 502
369. Mantiene pure il diritto di disposizione: entro quali termini . . . . » 503
370. *Quid*, se fosse costituito un diritto reale di godimento dopo la costituzione di un'ipoteca, ma prima di un'altra posteriore? Effetti della liquidazione . . » 504
371. Continuazione . . . . . » 505

Digitized by Google

§ 6. Cont.: Rispetto alla cosa onerata.

372. L'ipoteca dà il diritto reale sulla cosa pel suo valore: e perciò il diritto di alienarla. Che non può essere impedito in tutto . . . . . pag. 505
373. Continuazione . . . . . » 506
374. Continuazione . . . . . » 508
375. Ma non si può procedere all'*esecuzione reale* su cosa indivisa, sebben questa sia idonea a comportare ipoteca. La ragion della legge non dà luogo a distinguere sulla causa dell'indivisione: se questa si riferisce ad un compendio patrimoniale, o ad un solo immobile . . . . . » 510
376. Non s'applica la proibizione nel caso che l'esecuzione si faccia contro tutti i compartecipanti alla cosa indivisa. Ma non importa l'esistenza di una division parziale: eccezione. Nullità che deriva dall'infrazione del divieto: quando si possa proporla: e da chi . . . . . » 511
377. Continuazione . . . . . » »
378. Continuazione . . . . . » 512
379. Di altre restrizioni imposte al creditore ch'eserciti il suo diritto all'esecuzion reale. Rinvio . . . . . » 513

§ 7. Cont.: *A*) Effetti rispetto al terzo possessore.

380. Differenza tra il terzo che costituisce l'ipoteca, ed il terzo possessore: che trae il suo diritto dal potere di disporre rimasto al titolare della cosa ipotecata. Come rimpetto al creditore ipotecario il terzo acquirente fissi il suo diritto: questioni. Causa dell'alienazione: alienazion giudiziale. Chi è il terzo possessore: *a*) proprietario della cosa; o di parte di essa. *Quid*, se fosse soltanto detentore? . . . . . » 515
381. Continuazione . . . . . » 516
382. Continuazione . . . . . » 517
383. Continuazione . . . . . » 518
384. Continuazione . . . . . » 519
385. Non dev'essere obbligato personalmente al pagamento del debito garantito. *Quid*, se si fosse obbligato pel contratto a pagare il prezzo ai creditori ipotecari? Se indipendentemente da ciò, fosse debitore del prezzo? . . . . » 521
386. *Quid* degli eredi? Questioni. Ma è titolare della proprietà onerata dell'alienazion di valore ch'è nell'ipoteca: quindi, se non è obbligato personalmente, ha obbligo in qualità di proprietario della cosa direttamente *obbligata* . . » 523
387. Continuazione . . . . . » 524
388. In conseguenza, qual sia il diritto che rimpetto al terzo ha il creditore. Pure, siccome l'alienazione è a fine di sicurtà, questa legge determinante l'acquisto lo domina ancora nei rapporti col terzo possessore. Eccezioni che questi può opporre . . . . . » 525
389. Non ha il benefizio di escussione, ma ha quello *cedendarum actionum*: può avere anche l'eccezione della garanzia che il creditore gli debba . . . . » 526
390. Continuazione . . . . . » 527
391. Continuazione . . . . . » 529
392. Se non ha eccezioni, il diritto del creditore ha tutta la sua virtù; a lui non rimane che liberare la cosa dall'onere ipotecario, e in quali modi possa farlo. Altrimenti, il creditore può agire per separare dalla cosa il valore che gli spetta: diritto che rispetto all'esecuzion reale appartiene al terzo, in virtù dell'*obligatio ob rem* ch'egli ha: abbandono. Partizione della materia . . » 530
393. Continuazione . . . . . » 531

§ 8. Cont.: *B*) Pagamento.

394. Cosa contiene. Entro quai termine può esser fatto. Capacità occorrente. Effetti: rispetto al creditore ipotecario . . . . . » 532
395. Continuazione . . . . . » 533
396. Rispetto all'autore del terzo . . . . . » »

Digitized by Google

397. Continuazione . . . . . pag. 534
398. Continuazione . . . . . » 535
399. Continuazione . . . . . » 536
400. Continuazione . . . . . » 537
400 *bis*. Continuazione . . . . . » 538

§ 9. Cont.: *C*) Purgazione.

401. Ragion dell'istituto, ch'è modo di liquidazione, e rende perciò inutile quella cui si possa giungere per via dell'esecuzione reale. Ordinamento della legge » 539
402. Chi può purgare; condizioni di capacità . . . . . » 540
403. In qual termine si possa effettuare la purga . . . . . » 542
404. Continuazione . . . . . » 544
405. Continuazione . . . . . » »
406. Forma statuita per procedervi. Formalità precedenti l'offerta. Trascrizione del titolo. Iscrizione d'ipoteca. Questioni. Offerta. Notifica. Cosa si debba portare a conoscenza dei creditori iscritti. Titolo di acquisto; prezzo. Questioni sulla determinazione di esso. Stato delle iscrizioni. Offerta del pagamento. Questioni » 545
407. Continuazione . . . . . » 546
408. Continuazione . . . . . » 547
409. Continuazione . . . . . » 548
410. Continuazione . . . . . » 549
411. Continuazione . . . . . » 550
412. Continuazione . . . . . » 551
413. Continuazione . . . . . » 552
414. Continuazione . . . . . » 553
415. Continuazione . . . . . » 554
416. Continuazione . . . . . » 555
417. Continuazione . . . . . » 556
418. Continuazione . . . . . » 558
419. Continuazione . . . . . » »
420. Continuazione . . . . . » 560
421. Continuazione . . . . . » »
422. Continuazione . . . . . » 562
423. Continuazione . . . . . » 563
424. Condizione dei creditori rispetto all'offerta notificata. Accettazione: modo e tempo di farla . . . . . » 564
425. Continuazione . . . . . » »
426. Continuazione . . . . . » »
427. Continuazione . . . . . » 565
428. Rifiuto: garanzia data all'offerente per via della proposta di sovrincanto. Chi possa promovere il sovrincanto. Capacità occorrente: caso in cui fossero più i creditori. Forma di effettuare la proposta: elementi che deve contenere. Questioni. Procedura. Conseguenze rimpetto al terzo possessore: s'egli possa fermarla cambiando l'offerta. Conseguenze rimpetto agli altri creditori; se il creditore che fece l'instanza possa fermarla. Conseguenze dell'incanto avvenuto. *Quid* se il terzo acquirente s'è reso deliberatario? Natura del suo titolo. Ragioni sue di garanzia e di surrogazione. *Quid* se aggiudicatario s'è reso un terzo? Rapporti col terzo possessore espropriato. Obbligazion sua di rendere i frutti. Obbligazione sua pei deterioramenti dati alla cosa. Diritto al rimborso pei miglioramenti. Effetti in rapporto al titolare . . . . » 566
429. Continuazione . . . . . » 568
430. Continuazione . . . . . » 569
430 *bis*. Continuazione . . . . . » 570
431. Continuazione . . . . . » »
432. Continuazione . . . . . » 571
433. Continuazione . . . . . » 572
434. Continuazione . . . . . » 573
435. Continuazione . . . . . » 575

Digitized by Google

436. Continuazione . . . . . pag. 576
437. Continuazione . . . . . » 577
438. Continuazione . . . . . » 579
439. Continuazione . . . . . » »
440. Continuazione . . . . . » »
440 *bis*. Continuazione . . . . . » 581
441. Continuazione . . . . . » 582

§ 10. Cont.: *D*) Esecuzione reale. Vendita.

442. Contro il terzo possessore che non paghi, o non si valga del diritto di purga, o non abbia rilasciato l'immobile, i creditori ipotecarî possono instare per la vendita coatta della cosa (liquidazione giudiziale). Forme preliminari. Precetto. Forma estrinseca; forma intrinseca . . . . . » 583
443. Effetti: momento iniziale della liquidazione. Obbligo di rendere i frutti e di rispondere dei danni dati alla cosa. Diritto ai miglioramenti: come si esplichi » 585
444. Continuazione . . . . . » 587
445. Continuazione . . . . . » 588
446. Garanzia cui il terzo acquirente ha diritto, sia che altri od egli diventi aggiudicatario della cosa . . . . . » 589
447. Continuazione . . . . . » 590

E) Del rilascio.

448. Ragion giuridica del rilascio. Contenuto suo, e conseguenze rispetto ai diritti spettanti sulla cosa al terzo prima del suo acquisto, alle ipoteche ch'egli vi avesse constituito, al residuo del prezzo di vendita ed alla garanzia dovuta al terzo che l'effettua . . . . . » 590
449. Conseguenze rispetto ai frutti; ai danni dati con colpa grave, ed ai miglioramenti recati alla cosa . . . . . » 592
450. Continuazione . . . . . » »
451. Capacità occorrente a farlo; tempo e modo di eseguirlo . . . . . » 593

Capitolo X. — *L'estinzione del diritto d'ipoteca.*

452. Partizione dell'argomento: e concetti generali su cui è condotta . . . . » 594
452 *bis*. Continuazione . . . . . » 597

§ 1. Le cause di estinzione dell'ipoteca: 1) dipendenti dal credito garantito.

453. Regola generale. Pagamento; pagamento con surrogazione. Compensazione. Dazione in pagamento . . . . . » »
454. Continuazione . . . . . » 599
455. Novazione; prescrizione . . . . . » 600
456. Continuazione . . . . . » »

§ 2. Cont.: 2) Cause riferentesi all'estinzione del solo diritto ipotecario.

457. Concetto generale. Perdita della cosa gravata. Sostituzione del valore. Scadenza del termine; avvenimento della condizione risolutiva . . . . . » 602
458. Continuazione . . . . . » »
458 *bis*. Continuazione . . . . . » 603
458 *ter*. Continuazione . . . . . » »
459. Rinuncia . . . . . » 604
460. Confusione. Prescrizione . . . . . » 605

Digitized by Google

461. Rinnovazione dell'iscrizione ipotecaria . . . . . pag. 607
462. Continuazione . . . . . » 608
463. Continuazione . . . . . » 609
464. Continuazione . . . . . » 610
464 *bis*. Continuazione . . . . . » 612
465. Continuazione . . . . . » »

§ 3. La cancellazione dell'iscrizione, e la responsabilità che può derivarne al Conservatore delle ipoteche.

466. Ragion di essere dell'istituto, e valor suo. In virtù di quali atti vi si possa procedere. Cancellazione volontaria e giudiziale . . . . . » 613
467. Cancellazione volontaria. Chi possa consentirla: capacità a ciò occorrente, e forma dell'atto. Revoca seguita prima che sia effettuata la cancellazione . » 614
468. Continuazione . . . . . » 617
469. Continuazione . . . . . » »
470. Cancellazione giudiziale. Quali sentenze la producano e per quali cause . . » 619
471. Forma di effettuarla. Officio del Conservatore . . . . . » 620
472. Effetti della cancellazione . . . . . » 621
473. Annullamento della cancellazione; rettifica . . . . . » 622
474. Continuazione . . . . . » 623

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO-ANALITICO

A

Pagg.

Abbandono: come diritto del terzo possessore a fin di liberarsi da ogni rapporto che dalla cosa gli viene verso il creditore ipotecario. V. *Rilascio.* 520
Accessorietà dell'ipoteca 10
— — rispetto all'invalidità del rapporto personale. V. *Surrogazione* . . 141 e segg.
Accettazione dell'offerta di purgazione. V. *Purgazione.*
Accrescimento (Diritto d'). V. *Cose.*
Aemulatio V. Surrogazione (surrog. *ipotecaria*) . . . . . 349 (n. 2)
Alienante (Ipoteca legale dell'). Significato di *alienazione* . . . . . 199 e segg.
— — Dazione in pagamento . . . . . 204 e segg.
— — Permuta 205
— — Donazione a titolo oneroso 206
— — Vendita con patto di riscatto 208
— — Costituzione di servitù od altro diritto reale . . . . . »
— — Esenzione dell'oggetto della sicurtà . . . . . 209 e segg.
— — » del credito garantito . . . . . 213 e segg.
Alienare (Diritto di). Ragion sua: esecuzione reale. Invalidità del patto che lo vieti. Condizione giuridica del creditore che lo esercita. Garanzia 505 e segg.
— — Non si può esercitarlo su cosa indivisa 511
— — Eccezioni al divieto 512
— — Altre limitazioni 513
Alienazione condizionata, qual concetto insito nell'ipoteca . . . . . 1 e segg.
— — considerata nell'ordinamento della *forma* richiesta per creare e costituire l'ipoteca . . . . . 14 e segg.
Anno di lutto; alimenti. V. *Donna maritata.*
Annotazione delle cessioni del credito ipotecario, o dell'ipoteca. V. *Iscrizione.*
Annullabilità del titolo su cui è fondato il diritto sottoposto ad ipoteca. Conseguenze rispetto alla creazione dell'onere 71
— — per incapacità. V. *Incapacità.*
— — del titolo e delle note occorrenti all'iscrizione. V. *Iscrizione.*
Anticresi. V. *Frutti.*
Apertura di credito 134, 135
Arricchimento. V. *Versio in rem.*
Assenza. Poteri del rappresentante, rispetto alla possibilità d'ipotecare i beni dell'assente . . . . . 99 e segg.
Assicurazione. V. *Surrogazione della cosa onerata.*
Atto pubblico. V. *Forma.*
Attualità del potere di disporre, per la valida creazione del rapporto ipotecario. V. *Cosa futura; cosa altrui.*
— — rispetto alla condizione risolutiva: V. *Condizione risolutiva.*
Autorizzazione maritale. V. *Incapacità.*
Aumenti naturali od artificiali della cosa onerata (V. *Cosa*).
Azione revocatoria. V. *Frode; fallimento.*

Digitized by Google

B

Pagg.

Benefizio d'inventario. V. *Cosa; tempo.*
— — *di escussione, di divisione; cedendar. action.* V. *Terzo concedente l'ipoteca; Terzo possessore.*
Buona fede, rispetto all'acquisto dell'ipoteca su diritto soggetto a risoluzione 68
— — nell'autore degli aumenti seguiti rispetto alla cosa onerata . . . 165 e segg.

C

Cancellazione dell'iscrizione. Ragione dell'istituto. Cancellazione volontaria: condizioni di validità . . . . . 613 e segg.
— — Cancellazione giudiziale 619
— — Modo di compierla. Effetti. Responsabilità del Conservatore . . . 620 e segg.
— — Annullamento della cancellazione; rettifica . . . . . 622 e segg.
Cancelliere: obbligo d'iscrivere l'ipoteca legale. V. *Iscrizione.*
Capacità a consentire la creazione dell'ipoteca. In generale . . . . . 41 e segg.
— — rispetto al potere di disporre . . . . . 44 e segg.
Causa. Concetto dello *scopo* giuridico in confronto all'*economico* . . . 26, t. e n.
Cauzione che deve prestare il creditore che insti per l'incanti. V. *Purgazione.*
Cessione del credito. V. *Iscrizione.*
— — dell'ipoteca. V. *Iscrizione* e *Suppegno.*
Comunione degli utili (V. *Donna maritata; Ipoteca* giudiziale).
Comunione. V. *Cose; Tempo.*
Concessioni: quando siano ipotecabili . . . . . 150 e segg.
Condizione risolutiva, cui fosse soggetto il diritto sottoposto ad ipoteca . 62 e segg.
— — *sospensiva.* Effetti 63
Condividenti (Ipoteca legale dei). Ragion sua 217
— — Qual *divisione* vi dia origine . . . . . 220 e segg.
— — Incanto . . . . . 222 e segg.
— — Cose su cui l'ipoteca insiste . . . . . 226 e segg.
— — Credito *garantito.* Conguaglio e rifatta . . . . . 230 e segg.
— — — Obbligazione di garantire . . . . . 227 e segg., 232 e segg.
Conguaglio. V. *Condividenti.*
Consenso. Funzione sua rispetto alla *vendita* ed alla *creazione* dell'ipoteca 57
Constitutum. V. *Vendita di cosa altrui.*
Convalidazione della creazione invalida del rapporto ipotecario. V. *Sanatoria.*
Convenzioni matrimoniali (V. *Donna maritata*).
Correzione nei termini del rapporto reale d'ipoteca 474
— — volontaria 475
— — legale (V. *Riduzione*).
Cosa altrui. Validità dell'ipoteca creata su di essa . . . . . 46 e segg.
— — Confronto con la *vendita* . . . . . 54 e segg.
Cosa indivisa. V. *Alienare* (Diritto di).
Cose che si possono onerare di sicurtà ipotecaria. Quali siano secondo la legge. Mobili per natura 146
— — Beni in commercio. Beni demaniali. Ipotecabili . . . . . 147 e segg.
— — *Res sacras.* Strade ferrate: V. *Concessione* 147
— — Soprasuolo . . . . . 152 e segg.
— — Superficie . . . . . 181 e segg.
— — Sottosuolo 144
— — Corsi d'acqua . . . . . 155 e segg.
— — Nuda proprietà; e questioni intorno l'accrescimento 156
— — Cosa indivisa. Quota ereditaria. Accrescimenti . . . 161 e segg., 183 e segg.

Digitized by Google

Pagg.

Cose (segue). Aumenti naturali od artificiali della cosa onerata. Diritto del creditore e dell'autore dell'aumento . . . . . 163 e segg.
— — Prodotti della cosa onerata. Anticresi. Miniere 167
— — Frutti naturali della cosa onerata . . . . . 167 e segg.
— — Frutti civili 171
— — Diritti reali immobiliari 172
— — Usufrutto costituito e costituendo 174
— — Accrescimento 175
— — Servitù reale. Costituita e costituenda. Separabilità di servizi . . . 177 e segg.
— — Palco in teatro 181
— — Cose mobili . . . . . 185 e segg.
— — Navi. Accessori. Nolo . . . . . 187 e segg.
— — Titoli di rendita pubblica 192
Cose ipotecabili. V. *Ipoteca*.
— — *Cosa futura*. V. *Ipoteca*.
Conservatoria delle ipoteche. V. *Iscrizione*.
Conservatore delle ipoteche. V. *Iscrizione*.
— — Responsabilità ch'egli ha. Ragion sua 439
— — Responsabilità derivante da mancato adempimento all'obbligo di accogliere la domanda d'iscrizione . . . . . 440 e segg.
— — Dal modo di effettuare l'iscrizione 443
— — Dal rifiuto di accogliere la domanda di certificati ipotecari, e dal modo di compilarli 444
— — Cancellazione (V. q. voce) 445
— — Estremo della colpa. Del danno. V. *Cancellazione* . . . . . 445 e segg.
Costituzione dell'ipoteca. Contenuto suo. Effetti. V. *Iscrizione*, V. *Ipoteca* (Effetti).
Creazione dell'ipoteca. Fonti dai quali deriva . . . . . 9 e segg.
— — Per quali caratteri speciali questi due modi si distinguono. V. *Volontà* e *Legge* . . . . . » »
— — Effetti (V. *Ipoteca*).
Creazione e *costituzione* dell'ipoteca. Come concorrano per l'esistenza del rapporto d'ipoteca: e non soltanto rimpetto ai terzi, ma ancor tra le parti . . . . . .
— — In qual modo questi due termini agiscano nell'ipoteca volontaria e nella legale (V. *Garanzia*) . . . 24, t. e n. 1; p. 25, 58 e segg., 329 e segg.
— — Rispetto alla sanatoria 51
Creditori. V. *Massa dei creditori*.
Credito: V. *Forma intrinseca*. Specialità sua. A che si riferisca . . . 132, 133
— — Attuale, condizionato, futuro 134, 135
— — Apertura di credito 135, 137
— — Indeterminatezza del credito rispetto alla quantità 139
— — Credito eventuale 140, 141
— — Invalidità del rapporto di credito 141, 143
— — Obbligazione naturale . . . . . 143 e segg.
Culpa in contrahendo. Nella promessa d'ipoteca 33
— — Nell'ipoteca di *cosa altrui* . . . . . 45 (t. e n.).

D

Dazione in pagamento. V. *Alienente*.
Demaniali (Cose). V. *Cose*.
Difesa (Spese di). Privilegio. V. *Stato*.
Diritti reali immobiliari ipotecabili. V. *Cose*.
Divisione. Entità sua. V. *Condividenti*; *Donna maritata* . . 218 t. e n. p. 221 t. e n.
— — (Benefizio di) V. *Terzo concedente l'ipoteca*.

Digitized by Google

Pagg.

Donazione: rispetto alla creazione dell'ipoteca per via di mandato . . . 124, n. 1
Donazione a titolo oneroso. V. *Alienante; Donna maritata*.
Donna maritata: (Ipot. leg. d.). Ragioni di questa sicurtà, e della *generalità* che è in essa. Modo col quale si determina nella struttura dell'istituto 269 e segg.
— — La *restrizione* com'è ordinata dalla legge, e la *generalità* . . . 272 e segg.
— — Credito garantito da quest'ipoteca. Convenzioni matrimoniali; dote, lucri dotali . . . . . 275 e segg.
— — Frutti della dote. Anno di lutto, alimenti, vesti . . . . . 276 e segg.
— — Separazione 278
— — Spillatico 279
— — Beni su cui può insistere quest'ipoteca: e come in questa parte dell'ordinamento legale sia intesa la *generalità* 280
— — Tempo in cui l'ipoteca toglie vigore 281
— — Beni entrati nel patrimonio dotale per successione o donazione . . 282 e segg.
— — Questioni rispetto alla comunione degli utili . . . . . 281 e segg.
— — Beni soggetti a condizione risolutiva 286
— — Patto di riversibilità 287
— — Donazione *cum onere* 288
— — Beni avuti in permuta 288, 289
— — Beni avuti per divisione 289, 290
— — Marito commerciante (V. q. voce), e *Fallimento*. . . . . 290 e segg.
— — Restrizione ordinata rispetto ai beni ipotecabili. Carattere dell'atto . 295 e segg.
— — Rinunzia a quest'ipoteca. Validità. V. *Iscrizione, Tempo* . . . . 296 e segg.
— — V. *Incapacità*.
Dote. Poteri del marito rispetto al creare ipoteca sui beni che la costituiscono. V. *Donna maritata* 103

E

Enfiteusi. Ipotecabilità. V. *Cose*.
Eredità giacente. V. *Tempo*.
Escussione (Benefizio di). V. *Terzo concedente l'ipoteca*. *Terzo possessore*.
Esecuzione reale: concorso di questo elemento nella ragione ipotecaria. V. *Ipoteca legale, Terzo costituente l'ipoteca, Surrogazione, Alienare* (Diritto di) . . . . . 1 e segg.
— — ha d'effetto con la vendita. Come questa s'esplichi contro il terzo possessore 583
— — Modo di procedervi: forma, e in ispecie del precetto 584, 585
— — dell'azione di risarcimento pei danni dati dal terzo, e del rimborso dei miglioramenti cui ha diritto 586, 587
— — Immobilizzazione dei frutti 588
— — Effetti della vendita 589, 590
Espropriazione a causa di pubblica utilità. V. *Surrogazione della cosa onerata*.
Estinzione del diritto d'ipoteca. V. *Ipoteca*.

F

Fallimento. Toglie la capacità di concedere l'ipoteca 76
— — Invalidità dell'ipoteca costituita durante tale stato. Entità sua; effetti . 85 e seg.
— — Se la presunzione di frode statuita nelle norme sul fallimento s'estenda alla figura d'ipoteca legale propriamente detta (V. *Ipoteca* giudiziale) . . . . . 292 e segg.
— — Rispetto agli effetti della trascrizione . . . . . 348 e segg.
— — Rispetto all'iscrizione dell'ipoteca: V. *Tempo*.
Ferrovie. V. *Cose*.
Fideiussione (La) e l'ipoteca costituita sul debito altrui (V. *Terzo concedente*).

Digitized by Google

Pagg.

Forma della manifestazione di volontà per la creazion dell'ipoteca. V. *Ipoteca* 109 e segg.
— — Se nell'alienazione di diritti immobiliari la forma voluta dalla legge sia sostanziale: e virtù del consenso . . . . . 115 (n. 1)
— — Inosservanza della forma necessaria per la creazione dell'ipoteca. V. *Sanatoria* 129
— — *intrinseca* della creazione del diritto d'ipoteca . . . . . 131 e segg.
Frode (Presunzioni di frode) rispetto al fallimento. Azione revocatoria. V. *Fallimento; Tempo* . . . . . 291 e segg.
Frutti della cosa onerata. V. *Cose.*

G

Garanzia qual elemento dell'ipoteca . . . . . 1 (t. e n.)
— — Figura che assume in relazione alle *cose* su cui insiste 8
— — nascente dalla divisione. V. *Condividente.*
— — qual effetto della creazione dell'ipoteca; 337
— — che vi si contenga: e da quali elementi generali e speciali al caso, questo contenuto si tragga 338, 339
— — Questioni intorno l'ipoteca legale tacita, e l'ipoteca legale propria . 340, 341
— — Effetti, in quest'ultimo caso, della restrizione e della riduzione . . 342, 343
— — Estremi occorrenti a che l'azione di garanzia si possa instituire . . 343 e segg.
— — Obbligazioni che dalla garanzia derivano al concedente, e modo ch'egli ha di soddisfarvi 345
— — La garanzia in relazione alla costituzione dell'ipoteca: contenuto . . 346 e segg.
— — dovuta dal creditore procedente all'alienazione. V. *Alienare* (Diritto di).
Generalità nell'ipoteca legale propriamente detta. V. *Ipoteca.*
Genitori. Possibilità di creare ipoteca sui beni dei figli in potestà 100
Gestione d'affari (V. *Quasi-contratto*).

I

Immobili (Cose). In che modo, e per quale sviluppo storico-economico dell'ipoteca, questa si è ristretta di regola alle cose immobili . . . . 5 e segg.
— — V. *Cose.*
Inabilitati. V. *Incapacità.*
Incanto (Instanza d') del creditore rinunziante l'offerta di purga. V. *Purgazione.*
Incanto fra condividenti: ipoteca legale. V. *Condividenti.*
Incapacità di esercitare la disposizione del proprio diritto. Effetti rispetto alla creazione dell'ipoteca. Minori. Interdetti, inabilitati, donna maritata. V. *Fallimento* . . . . . 72 e segg.
— — Effetti. V. *Sanatoria* . . . . . 91 e segg.
Interdetti (Ipoteca legale a favore degl'). V. *Minori.*
Interdetti. V. *Incapacità, Minori, Iscrizione.*
Invalidità dell'ipoteca costituita su cosa altrui. Natura di tal vizio: e conseguenze . . . . . 49 e segg.
— — Cose future. V. *Ipoteca.*
— — della creazione e costituzione dell'ipoteca. V. *Ipoteca.*
Ipoteca (Creazione dell'). Come si distingua a ragion dei fonti ond'emana . 9 e segg.
— — *legale in genere o propria;* 21
— — perchè differisca dall'ipoteca *legale speciale*; . . . . . 23, 25 e segg.
— — e dalla giudiziale . . . . . 25 (t. e n. 1)
— — volontaria per atto unilaterale . . . . . 28 e segg.
— — Ipoteca testamentaria . . . . . 36 e segg.
— — volontaria per convenzione 40
— — Cose ipotecabili in genere 51, 52

Digitized by Google

Pagg.

Ipoteca (segue). Cosa futura 52, 53
— — Cosa *altrui* . . . . . 53 e segg.
— — (V. *Annullabilità; Condizione sospensiva, risolutiva; Risoluzione*).
— — Forma occorrente a manifestar la volontà per la creazione d'ipoteca convenzionale, in confronto alle forme necessarie per costituirla . 109 e segg.
— — Atto pubblico; atto amministrativo; scrittura privata . . . 114, 116 e segg.
— — Scrittura privata autenticata; riconosciuta in giudizio 117
— — Verbali di conciliazione 118
— — V. *Mandato d'ipotecare.*
— — Forma occorrente a crear l'ipoteca per via di atto unilaterale . . . 125
— — Testamento olografo 125
— — Volontà manifestata tacitamente 126
— — Titolo al portatore 127
— — Atti ricevuti all'estero 128
— — Forma intrinseca. Estremi. A. *Credito* . . . . . 131 e segg.
— — V. *Credito.*
— — B. Cosa onerata . . . . . 145 e segg.
— — V. *Cose.*
— — Volontaria tacita (legale impropria) . . . . . 195 e segg.
— — dell'alienante. V. *Alienante.*
— — dei condividenti. V. *Condividenti.*
— — Forma. Rispetto alla vendita ed alla divisione . . . . . 234 e segg.
— — Legale propriamente detta: *legale* e *giudiziale.* Caratteri; e in special modo delle *generalità* . . . . . 238 e seg., 246 e segg., 248 e segg.
— — Analogia col privilegio e con l'ipoteca tacita . . . . . 239 e segg.
— — Questioni sulla capacità delle parti . . . . . 240 e segg.
— — La ragione dell'ipoteca legale nelle singole figure che assume . . . 243 e segg.
— — Se la *generalità* vi è tolta dalla restrizione che la legge in taluni casi ordina rispetto alle cose ipotecabili . . . . . 246 e segg.
— — S'è tolta dalla *riduzione*, considerata qual rimedio speciale . . . 251
— — (V. *Minori, Interdetti, Donna maritata, Stato*).
— — *Giudiziale.* Ragione, e carattere suo . . . . . 303 e segg.
— — Critiche all'istituto; e giustificazione di essa 305, 306
— — Sentenze che danno diritto a costituirla. Giudicati stranieri . . . 306 e segg.
— — Conciliazioni; provvedimenti resi in tema di giurisdizione volontaria; ordinanza anche esecutiva . . . . . 309 e segg.
— — Conseguenze della riforma data alla sentenza in giudizio di appello o cassazione 310
— — Quali elementi debba contenere la sentenza a fin di produrre quest'ipoteca . . . . . 311 e segg.
— — Beni sui quali può gravare. La *generalità* . . . . . 315 e segg.
— — Beni spettanti ad incapaci; a corpi morali 318, 319
— — Beni in liquidazione. Fallimento . . . . . 319 e segg.
— — Benefizio d'inventario 324
— — Separazione di beni 325
— — Comunione di beni . . . . . 326 e segg.
— — *Effetti della creazione dell'ipoteca* . . . . . 329 e segg.
— — A ben determinarli, occorre separare i due momenti della *creazione* e della *costituzione* dell'onere ipotecario 329, 330
— — La creazione non è sufficiente a dar esistenza all'ipoteca neppur tra le sole parti (v. *Terzi*) 331
— — Figura del rapporto derivante dalla creazione; e applicazione sua alla figura dell'ipoteca legale 335
— — Effetti: garanzia (V. *Garanzia*) e possibilità giuridica di procedere alla *costituzione* (V. *Costituzione*).
— — Invalidità della *creazione* e *costituzione* dell'ipoteca. Cause che possono produrle. Effetti. Sanatoria. Ratifica. Rettifica . . . . . 448 e segg.

Digitized by Google

Pagg.

Ipoteca (seg.). Modificazioni che possono avvenire nei termini di sua costituzione. Distinzioni . . . . . 452 e segg.
— — Modificazioni vere. Surrogazione del credito: V. *Surrogazione, Riduzione.*
— — *Effetti dell'ipoteca costituita.* Generalità e distinzioni . . . . . 482 e segg.
— — Rispetto al credito garantito: estensione: capitale ed accessori . . 484 e segg.
— — Rispetto al patrimonio dell'obbligato: come specializzi la garanzia generale offerta dal patrimonio del debitore 488
— — Conseguenze dell'obbligo imposto al creditore ipotecario di agire prima sui beni onerati 489, 490
— — Eccezione prevista dalla legge 490, 491
— — Obbligazione solidale 492
— — Rispetto al terzo concedente l'ipoteca. V. *Terzo* . . . . . 492 e segg.
— — Rispetto agli altri creditori. Ordini di creditori; e regolamento del concorso. *Ius offerendi* . . . . . 496 e segg.
— — Rispetto alla cosa onerata. V. *Alienare* (Diritto di).
— — Rispetto al terzo possessore V. *Terzo possessore.*
— — Estinzione del diritto d'ipoteca. Distinzione generale intorno le cause che possono produrla . . . . . 594 e segg.
— — Cause dipendenti dal credito garantito. Generalità; pagamento . . 597, 598
— — Compensazione 599
— — Novazione 600
— — Altri modi 601
— — Cause riferentisi all'estinzione del solo diritto ipotecario. Generalità . 602
— — Perdita della cosa . . . . . »
— — Risoluzione del *diritto del concedente* 603
— — Termine o condizione cui fosse soggetta la creazione dell'ipoteca . . 603, 604
— — Rinuncia del creditore 604, 605
— — Prescrizione 665
— — V. *Rinnovazione.*
— — *Cancellazione* dell'iscrizione. V. *Cancellazione.*
Iscrizione dell'ipoteca: segna il momento della *costituzione.* Che si separa così dalla semplice creazione; e però avendone l'ipoteca esistenza come rapporto reale, deve occorrere così rimpetto ai terzi come tra le parti. Confronto colla *trascrizione* . . . . 351 e segg., 413 e segg.
— — Applicazione del concetto esposto: e risoluzione di dubbi che l'ostacolano 358
— — Applicazione alle due figure d'ipoteca legale propria, e giudiziale. Come qui i due momenti della creazione e della costituzione concorrano 359
— — Carattere dell'atto . . . . . 360 e segg.
— — Ha diritto di chiederla il creditore direttamente o per via di rappresentante: mandato e gestion di affari . . . . . 363 e segg.
— — A quali altri interessati profitti 367, 368
— — Chi possa chiederla nel caso d'ipoteca costituita a favor del titolo al portatore 369
— — Degli eredi del creditore 369
— — Legatari e cessionari suoi 370
— — Suoi creditori 361
— — Cessionario dell'ipoteca: se debba procedere all'annotazione . . . 374 e segg.
— — Persone obbligate a domandar l'iscrizione: cancelliere, marito della donna, notaio, tutore, protutore 376, 378
— — Facoltà dei parenti degli incapaci 377
— — Azione del pubblico ministero 377, 378
— — Conservatore dell'ipoteche: obbligo suo nel caso d'ipoteca dell'alienante 380, 381
— — Contro di chi l'iscrizione dev'essere tolta. Concedente 382
— — *Quid,* se dopo la creazione ma prima dell'iscrizione la cosa è passata ad altri? Questioni 383, 384
— — Limitazioni 385, 386

Digitized by Google

Pagg.

Iscrizione. Tempo utile a compiere l'iscrizione (V. *Tempo*) . . . . . 386 e segg.
— — Forma di effettuarla. Quale uffizio di Conservatoria delle ipoteche sia a ciò competente . . . . . 413 e segg.
— — Titolo che dev'essere presentato dal richiedente. Forme che lo rendono idoneo alla richiesta d'iscrizione . . . . . 416 e segg.
— — Vizi che lo infirmano. Sanatoria 421
— — Ipoteche legali. Titolo 422
— — Se la presentazione del titolo sia assolutamente necessaria 423
— — *Note* d'iscrizione che debbono accompagnare il titolo, a fin di potersi procedere alla *costituzione* (iscrizione) dell'ipoteca 424
— — Indicazioni che queste note debbono contenere: riferentisi alle *persone* dei richiedenti, e del debitore (o terzo concedente), alla *cosa*, al *credito*, al domicilio . . . . . 425 e segg.
— — Invalidità (inesistenza ed annullabilità) delle note. Sanatoria . . 433 e segg.
— — Annotazione 435, 436
— — Ipoteca sulle navi, o su titoli del debito pubblico (V. *Cancellazione*) . 437 e segg.
— — V. *Costituzione dell'ipoteca.*
— — Se occorra sia rifatta nel caso di sanatoria della creazione dell'ipoteca. V. *Sanatoria;* pel caso di diritto soggetto a condizione, V. *Condizione sospensiva* e *condizione risolutiva.*

L

Legalizzazione degli atti ricevuti all'estero 128
Legge: come ragion creatrice dell'ipoteca. Quali figure assuma questa sua virtù: e quindi ipoteca *legale* e *giudiziale.* Caratteri generali delle due forme . . . . . 20 e segg.
— — (V. *Ipoteca legale*).
Liberalità. Come questa causa operi nell'ipoteca testamentaria . . . . 38 e segg.
Libro fondiario. V. *Trascrizione.*
Liquidazione (Stato di). In che giuridicamente consiste. Conseguenze rispetto alla valida creazione dell'onere ipotecario 77
— — *Trascrizione del precetto immobiliare; Ipoteca giudiziale*; *Tempo.*
Lucri dotali (Ipoteca pei). V. *Donna maritata.*

M

Madre passata a seconde nozze. V. *Genitori.*
Mala fede. Se la scienza dell'acquirente posteriore possa supplire al difetto della trascrizione dell'acquisto anteriore . . . . . 69 t. e n. 2
Mandato d'ipotecare. V. *Rappresentanza.*
— — Forma . . . . . 121 e segg.
Marito. Obbligo d'iscrivere l'ipoteca legale. V. *Iscrizione.*
— — *commerciante.* Patrimonio suo rispetto all'ipoteca legale della moglie . 291 e segg
Massa dei creditori. V. *Fallimento.*
Miniere. V. *Frutti.*
Minori (Ipoteca legale spettante ai). Ragion della legge: e sua storia . . 252 e segg.
— — Generalità di quest'ipoteca: e come vi si connettano il fatto della restrizione ed il rimedio della riduzione . . . . . 254 e segg.
— — A chi è imposto l'obbligo di dar sicurtà. Tutore 258
— — Tutela legale 260
— — Tutela di fatto 261
— — Crediti che per tale ipoteca sono garantiti . . . . . 263 e segg.
— — In qual tempo il credito dev'essere nato 264
— — Limitazioni 265
— — Quali beni siano sottoposti a tal ipoteca . . . . . 266 e segg.

Digitized by Google

Pagg.

Minori. Altri modi di garanzia statuiti a favore degli incapaci, indipendentemente dall'ipoteca legale . . . . . 267 e segg.
— — (V. *Iscrizione*).
Mobili (Cose). Ragion del concetto che rispetto ad esse il possesso val titolo: e storia del concetto *mobilia sequelam non habent*. . . . . 2 e segg.
— — V. *Cose*.
Muro divisorio (Acquisto di comunione del). V. *Alienante*.

N

Nave. V. *Pegno navale, Tempo*.
Nolo. V. *Cose*.
Notaio. V. *Iscrizione*.
Note che debbono essere presentate a fine di poter procedere all'iscrizione. Contenuto, e forma . . . . . 424 e segg.

O

Obbligazione naturale. V. *Credito*.
Obligatio bonorum generalis, specialis . . . . . 12 e segg.
Obligatio ob rem . . . . . 29 (n. 3)
Obligatio rei . . . . . 9 e segg.
Offerendi (*Ius*). V. *Ipoteca*. (*Effetti dell'ipoteca costituita rispetto ai creditori*).
Offerta di purgare. V. *Purgazione*.

P

Pagamento fatto od offerto dal terzo possessore. Cosa contiene 532
— — Capacità per farlo 533
— — Effetti: distinzione rispetto alla condizione del terzo 533, 534
— — Surrogazione 535
Parenti degli incapaci. V. *Iscrizione*.
Patrimonio. In qual modo, per ragion di garanzia, riferiscasi al patrimonio dell'obbligato il *privilegio*: e come v'insistano l'ipoteca legale e la giudiziale . . . . . 24 e segg.
Pegno navale. Forma occorrente a crearlo . . . . . 118, 120 (t. e n.)
— — V. *Cose*.
Permuta. V. *Alienante, Donna maritata*.
Persone giuridiche. Poteri del rappresentante rispetto alla possibilità d'ipotecarne i beni 101
Pignus praetor.; pignus iudiciale . . . . . 16 e segg.
Precetto. V. *Terzo possessore*.
— — (*Trascrizione del*). V. *Frutti*.
Privilegio. La figura sua rimane nell'ipoteca creata dalla legge . . 14, 15, 23 e segg.
Prodotto della cosa onerata. V. *Cose*.
Promessa di creare l'ipoteca. Virtù sua: e forma . . . . . 31 e segg.
— — di vendita. V. *Vendita* 127
Proprietario della cosa dev'essere al momento della creazione dell'onere, chi lo consente, o colui contro il quale è costituito . . . . . 46 e segg.
— — (V. *Cosa altrui*).
Portatore. V. *Iscrizione*.
Pubblicità. V. *Trascrizione, Iscrizione*.
Pubblico Ministero. V. *Iscrizione*.
Purgazione dell'ipoteca. Ragione e contenuto dell'istituto 539, 540
— — Elementi suoi. Offerta del terzo. Capacità 541

Digitized by Google

Pagg.

Purgazione. Termine occorrente a far l'offerta. Precetto . . . . . 542 e segg.
— — Formalità necessarie a fin di preparare l'offerta di purga. Trascrizione del titolo; iscrizione dell'ipoteca legale . . . . . 545 e segg.
— — Dev'esser fatta dall'acquirente. *Quid* se più siano gli acquirenti . . 548, 549
— — E fatta a tutti i creditori 549
— — Notificazione 550, 551
— — Indicazioni che deve contenere l'offerta. Distribuzione di esse secondo la diversa ragione che le giustifica: *a) indicazioni con carattere soggettivo* 551, 552
— — *b*) indicazioni con carattere oggettivo; qualità e situazione dei beni . 553
— — valore offerto. Prezzo fissato nell'atto di acquisto. Determinazione di esso 554, 555
— — Necessità di ragguagliare il prezzo: quando occorra . . . . . 556 e segg.
— — Offerta di pagare il prezzo determinato 558
— — Elezione di domicilio. Inserzione dell'offerta 560
— — Visi dei termini occorrenti alla validità dell'offerta. Conseguenze; chi possa opporli. Sanatoria . . . . . 560 e segg.
— — Accettazione: espressa o tacita. Invalidità 564, 565
— — Rinunzia dell'offerta. Termine in cui dev'esser fatta 566, 567
— — Condizioni necessarie che debbono concorrere a sostenerla. *Instanza per gli incanti*. Chi ha diritto di proporla 568, 569
— — A quali immobili si riferisce l'instanza 572, 573
— — A qual valore si riferisce: e ch'è base dell'aumento del decimo che vi è contenuta 573, 576
— — Cauzione che si deve offrire a garanzia dell'instanza 576
— — Notificazione dell'instanza 577, 578
— — Nullità 579
— — Vendita in conseguenza degli incanti. Carattere ed entità dell'atto . 579 e segg.
— — Effetti della vendita. Distinzione secondo la persona che s'è resa acquirente . . . . . 580 e segg.

Q

Quasi contratto di gestione d'affari. V. *Rappresentanza, Iscrizione*.
— — di condizione d'indebito. Se l'acquirente ha nel caso di evizione diritto a ripetere contro il creditore instante. V. *Alienare* (Diritto di) . . 508 t. e n. 4
Quota ereditaria. Ipotecabilità. Accrescimento . . . . . 161 e segg.

R

Rappresentanza rispetto alle creazione dell'ipoteca . . . . . 42, 96 e segg., 121
Ratifica nella creazione del rapporto ipotecario. V. *Sanatoria, Ipoteca* (invalidità della creazione e costituzione dell') . . . . 42, 43, 107 e segg., 123
Reallasten . . . . . 29 (n. 1)
Res debita: come oggetto possibile d'ipoteca 62
Rendita pubblica (Titoli di). V. *Cose, Iscrizione dell'ipoteca*.
Responsabilità del *Conservatore delle ipoteche*: V. q. voce.
Res sacrae. V. *Cose*.
Restrizione che la legge ordina in taluni casi d'ipoteca legale. V. *Ipoteca, Minori, Garanzia*.
Rettifica. V. *Ipoteca* (invalidità dell'iscrizione e costituzione dell'), *Cancellazione*.
Riduzione rispetto all'ipoteca legale. V. *Ipoteca, Minori, Garanzia*.
— — qual correzione legale ai termini del rapporto reale d'ipoteca. Ragion sua 475
— — Cause che possono determinarla. Rispetto al credito 477
— — Rispetto alla cosa onerata. Questioni 478

Digitized by Google

Pagg.

Riduzione. A chi spetti il domandarla 480
— — Quando la correzione non sia ammessibile . . . . . 480 e segg.
Rifatta. V. *Condividenti*.
Rilascio della cosa ipotecata, cui il terzo possessore ha diritto di procedere. Ragion di esso 590
— — Conseguenze; in ispecie rispetto ai frutti 590-592
— — Vien meno col pagamento. Effetti di quest'atto 592-593
— — Precetto che vien fatto al terzo possessore pel rilascio; termine utile per compierlo 593, 594
Rinnovazione dell'iscrizione. Ragion sua; effetti; modo di compierla. Conseguenze del non averla effettuata . . . . . 607 e segg.
Rinunzia del creditore rispetto all'offerta di purga. V. *Purgazione*.
Risoluzione del diritto sottoposto ad ipoteca. Effetti rispetto a quest'ultima . 68 e segg.
Ritenzione (Diritto di). Concetto suo, e diverse figure che assume in relazione alla *causa* nei contratti, ed alla garanzia reale . . . . 5 e segg.
Riversibilità (Patto di). V. *Donna maritata*.

S

Sanatoria dell'incapacità. Mezzi di ottenerla, ed effetti . . . . . 94 e segg.
— — dell'ipoteca costituita su cosa altrui 49, 50, 58
— — della *creazione*: come si estende senz'altro anche alla *costituzione* dell'ipoteca 60
— — per l'inosservanza delle forme necessarie alla creazione dell'ipoteca. V. *Iscrizione* . . . . . 128 e segg.
Scrittura privata. V. *Forma*.
Selbstcontrahiren: rispetto alla creazione dell'ipoteca per atto unilaterale . 36 (n. 1)
Sentenza. V. *Ipoteca*.
Separabilità dell'ipoteca dal credito. V. *Surrogazione*.
Separazione di beni. V. *Ipoteca giudiziale*.
Servitù, se ipotecabile. V. *Cose*.
Società. Poteri del socio rispetto alla creazione d'ipoteca sui beni sociali . 106
Soprasuolo: se ipotecabile. V. *Cose*.
Sottosuolo: se ipotecabile. V. *Cose*.
Specialità. V. *Forma intrinseca*, *Ipoteca*.
Spillatico. V. *Donna maritata*.
Stato (Ipoteca legale spettante allo) per effetto di condanna penale. Ragion della legge. Carattere ed elementi costitutivi di tal sicurtà . . 298 e segg.
— — Credito garantito 300
— — Privilegio delle spese di difesa 301
Superficie, se ipotecabile. V. *Cose*.
Suppegno. Natura giuridica sua. V. *Cose*.
Surrogazione nell'ipoteca costituita, come causa di *modificazione* del rapporto. 1) *Surrogazione* del *credito*. Se sia possibile. Modo di determinarla . . . . . 454 e segg.
— — I concetti di *esecuzione reale* e di *garanzia* nell'ipoteca concessa da un terzo: e come agiscano rispetto alla surrogazione descritta . . 460 e segg.
— — Conseguenze 462
— — Se occorra l'annotazione 463
— — 2) Surrogazione *della cosa onerata*. La surroga detta *ipotecaria*. Ragion sua; e termini. Atto emulativo: divieto 466-469
— — Può seguire se i beni fossero usciti dal patrimonio dell'obbligato al momento della nascita del credito a cui favore agisce la surroga, o se l'ipoteca fosse consentita da un terzo? . . . . . 469 e segg.

Digitized by Google

T

Telefoniche (Linee). V. *Cose* (*concessioni*). *Pagg.*
Tempo utile alla *costituzione* (iscrizione) dell'ipoteca. Quando cominci, e quando cessi. Regola; ed applicazione alle diverse cause d'ipoteca . . 386 e segg.
— — La causa della cessazione di esso consiste nelle mutazioni giuridiche sopraggiunte alla cosa . . . . . 390 e segg.
— — Confronto con le mutazioni sopravvenute alle persone. Successione. Comunione. Divisione 392, 393
— — Se il principio stabilito si applichi all'ipoteca legale 393, 394
— — Quali siano le mutazioni rispetto alla *cosa* efficaci a produrre l'effetto descritto 394
— — Acquisto fissato per via della trascrizione. Frode . . . . . 395 e segg.
— — Acquisto di nave; e di titoli di rendita 400
— — Liquidazione. Fallimento . . . . . 401 e segg., 410 e segg.
— — Beneficio d'inventario . . . . . 406 e segg
— — Eredità giacente 409
Terzi. L'esistenza dell'ipoteca non soltanto rimpetto ai terzi esige la costituzione dell'onere, ma anche tra le parti . . . . . 331 e segg.
Terzo concedente l'ipoteca. Effetti rispetto a lui dell'ipoteca costituita. Nel rapporto predomina la figura della *garanzia*. Analogia e differenza della *fideiussione* 492
— — Conseguenze. Il terzo non ha i benefici dell'escussione e della divisione . 493
— — Non può procedere all'abbandono ed alla purga . . . . . »
— — Ma può opporre le eccezioni non personali al debitore, e ha pur diritto al *benef. cedend. action*. 494, 495
Terzo costituente l'ipoteca pel debito altrui. Contenuto del rapporto: specialmente rispetto alla surrogazione del credito. V. *Surrogazione*.
Terzo possessore. Effetti dell'ipoteca costituita, in rispetto a lui. Sua posizione giuridica . . . . . 515 e segg., 527 e segg.
— — Chi ha qualità di terzo possessore 521
— — Se tal qualità spetti agli eredi con benefizio d'inventario . . . 523
— — V. *Purgazione, Abbandono. Vendita coatta, Pagamento.*
— — A chi spetti nel caso di più alienazioni successive 525
— — Acquisto condizionato 526
— — Beneficio di escussione 529
— — Ritenzione pei miglioramenti . . . . . »
— — Beneficio *cedend. action*. 530
— — Garanzia cui è tenuto il suo autore 531
— — Precetto, rispetto ai termini dell'offerta di purgazione. V. *Purgazione*.
— — Precetto, rispetto alla vendita (V. *Vendita coatta*).
— — e rispetto al rilascio (V. *abbandono*).
Testamento: ipoteca testamentaria. V. *Ipoteca* . . . . . 35, 125 e segg.
Titoli del debito pubblico. V. *Rendita pubblica*.
Titolo al portatore . . . . . 34 (n. 3), 127
Titolo necessario a potersi costituire (*iscrivere*) l'ipoteca. V. *Iscrizione*.
Tradizione. V. *Vendita di cosa altrui, Trascrizione*.
Tramways. V. *Cose* (*concessioni*).
Trascrizione. Ragion sua quale modo di fissare il diritto acquistato. Funzione che ha rispetto al consenso. Se la scienza possa supplire al suo difetto. V. *Frode* . . . . . 69 e segg. (t. e n. 2), 348 e segg.
— — del *precetto immobiliare*. Induce lo stato di liquidazione (V. *Liquidazione*). Quindi l'incapacità di alienare e d'ipotecare . . . 81 e segg.
— — A favor di chi tale incapacità esiste 85
— — Rapporto con l'iscrizione . . . . . 113 (t. e n. 1), 351 e segg.
— — Come formalità occorrente all'offerta di purgazione. V. *Purgazione*.
— — V. *Tempo*.
Tutore (Ipoteca legale a favore dei minorenni e degli interdetti). V. *Minori, Iscrizione*.

Digitized by Google

Pagg.

U

Usufrutto. Ipotecabilità. V. *Cose*.
Utilità della versione. V. *Versio in rem*.

V

Vendere (Diritto di). V. *Alienare* (Diritto di).
Vendita in conseguenza dell'incanto richiesto con la rinunzia dell'offerta di purga. V. *Purgazione*.
— — Promessa di vendita: sua virtù giuridica . . . . . 31 e segg., 61 (n. 1)
— — di cosa altrui . . . . . 28 e segg.
— — Ipoteca legale del venditore. V. *Alienante*.
Vendita coatta. Contro il terzo possessore. V. *Esecuzione reale*.
— — come effetto inerente al diritto d'ipoteca. V. *Vendere* (Diritto di).
Versio in rem . . . . . 107 (n. 1), 108 (n. 1)
Vesti di lutto. V. *Donna maritata*.
Vizî di mente, che infirmano la volontà di consentire la creazione dell'ipoteca 41 e segg.
Volontà: come s'esplica nella creazione dell ipoteca . . . . . 28 e segg.
— — V. *Ipoteca volontaria*.
— — come si possa spiegare rispetto al *credito* garantito ed alle *cose* su cui l'onere deve insistere 30
— — Unilaterale o bilaterale nella creazione d'ipoteca 33
— — Forma con cui dev'essere manifestata per la creazione dell'ipoteca. V. *Forma*.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google